



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

## ***TESIS DOCTORAL***

# ***Cláusulas abusivas y empresario adherente***

**Autor:**

**MARÍA NATALIA MATO PACÍN**

**Director/es:**

**JORGE CAFFARENA LAPORTA**

**MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

Getafe, mayo de 2015



## ***ABREVIATURAS***

AAP	Auto Audiencia Provincial
AGBG	<i>Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>
AP	Audiencia Provincial
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
Cass. Civ.	<i>Cour de Cassation Civile</i>
Cass. Com.	<i>Cour de Cassation Commerciale</i>
Cc	Código civil
Ccom	Código de comercio
CESL	<i>Common European Sales Law</i>
CMR	Convenio de Transporte internacional de mercancías por carretera
DCFR	Marco Común de Referencia ( <i>Draft Common Frame of Reference</i> )
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EEMM	Exposición de Motivos
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
IRU	Asociación Internacional de Empresarios del Transporte
KG	<i>Kammergericht</i>
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LCTTM	Ley del Contrato de transporte terrestre de mercancías
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEc	Ley de Enjuiciamiento civil
LMOC	Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales
LOCM	Ley de ordenación del comercio minorista
NBW	<i>Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
PECL	Principios Europeos de Derecho de los contratos ( <i>Principles of European Contract Law</i> )
PEDCS	Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro
PLCD	Proyecto de Ley de contratos de distribución

PM	Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios
TS	Tribunal Supremo
UCTA	<i>Unfair Contract Terms Act</i>
UTCCR	<i>Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations</i>

**PRIMERA PARTE**

**LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES  
ENTRE EMPRESARIOS Y SU CONTROL**

<b>CAPÍTULO I. EL FENÓMENO DE LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS.....</b>	<b>1</b>
I. INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.....	1
II. EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN.....	8
III. ESPECIAL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. EL DÉFICIT DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA NECESARIA PROTECCIÓN AL CONTRATANTE ADHERENTE. ....	14
<b>CAPÍTULO II. LOS REGÍMENES DE CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS .....</b>	<b>35</b>
I. UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO.....	35
1. <i>Protección en el ordenamiento jurídico francés</i> .....	36
1.1 Protección expresa en la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas.....	36
1.2 Mecanismos protectores en el Derecho general de las obligaciones.....	42
1.2.i. Protección mediante reglas contenidas en el <i>Code civil</i> .....	42
1.2.ii. La Ley para la Modernización de la Economía: el artículo L. 442-6 I 2º del Código de comercio.....	49
1.3 Reforma del Derecho de obligaciones.....	56
1.4 Breve recapitulación.....	60
2. <i>Protección en el ordenamiento jurídico italiano</i> .....	60
2.1 <i>Codice civile</i> : artículos 1341 y 1342.....	60
2.2 <i>Codice del consumo</i> : artículo 36.4 y el “derecho de regreso”.....	64
2.3 Un nuevo instrumento de reequilibrio contractual.....	67
2.4 La perspectiva de una reforma del Libro IV del <i>Codice Civile</i> .....	72
3. <i>Protección en el ordenamiento jurídico inglés</i> .....	73
3.1 <i>Unfair Contract Terms Act 1977 y Unfair Terms in Consumer Contracts</i>	

<i>Regulations 1999</i> .....	73
3.2 Protección a la parte débil en los contratos entre empresarios: <i>Unfair Contract Terms Act 1977</i> .....	76
3.2.i Valoración de la protección al empresario como parte contractual débil.....	81
3.3 Proyecto sobre <i>Unfair Terms in Contracts (Law and Scottish Law Commission)</i> : propuestas.....	82
4. <i>Protección en el ordenamiento jurídico alemán</i> .....	86
4.1 Regulación de las condiciones generales de la contratación: de la <i>AGB-Gesetz</i> de 1976 al BGB (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002).....	86
4.2 Protección del empresario adherente.....	89
4.2.i. Cláusula general de buena fe y <i>Transparenzgebot</i> (§ 307.1 y 2 BGB).....	91
4.2.ii. <i>Indiztheorie</i> (§§ 308 y 309 BGB).....	97
4.3 ¿Reforma del control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios?.....	103
5. <i>Protección en el ordenamiento jurídico portugués</i> .....	106
5.1 Ley sobre las Cláusulas Contractuales Generales y Ley de Defensa del Consumidor.....	106
5.2 Protección al empresario adherente: LCCG.....	108
II. LA PROTECCIÓN AL ADHERENTE EMPRESARIO EN LOS TEXTOS EUROPEOS DE DERECHO DE CONTRATOS.....	115
1. <i>De los PECL al DCFR, pasando por los Principios Acquis y el Proyecto de Pavía...</i>	117
1.1 Control de incorporación.....	120
1.2 Control de contenido.....	123
2. <i>La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea</i> .....	128
<b>CAPÍTULO III. EL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL...</b>	135
I. EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	135
II. LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN 7/1998 Y LOS CONTRATOS ENTRE EMPRESARIOS.....	139
1. <i>El control de incorporación recogido en los artículos 5 y 7 LCGC</i> .....	141
2. <i>Reglas de interpretación: regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y contra proferentem</i> .....	151

2.1 La regla de la prevalencia.....	152
2.2 La regla <i>contra proferentem</i> .....	157
3. <i>El control de contenido: el artículo 8 LCGC y la Exposición de Motivos</i> .....	170
III. LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: PROPUESTAS DE REFORMA.....	172
1. <i>La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección de Derecho Civil</i> .....	172
2. <i>La Propuesta de Código Mercantil de la Sección de Derecho Mercantil</i> .....	182
IV. LEGISLACIÓN SECTORIAL.....	188
1. <i>La Ley 50/1980, de contrato de seguro</i> .....	189
1.1 La reforma de la Ley de contrato de seguro.....	204
2. <i>La Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad (remisión)</i> .....	207
3. <i>El transporte de mercancías</i> .....	208
4. <i>El sector de la distribución</i> .....	217
<b>RECAPITULACIÓN: LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y NACIONAL</b> .....	229

## SEGUNDA PARTE

### LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE POR CAUCES NO ESPECÍFICAMENTE PREVISTOS PARA CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

<b>CAPÍTULO I. LA PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA</b> .....	237
<b>CAPÍTULO II. LA NO POSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO</b> .....	249
I. ¿IDENTIDAD DE RAZÓN?.....	250
II. INEXISTENCIA DE LAGUNA JURÍDICA.....	252

<b>CAPÍTULO III. PROTECCIÓN MEDIANTE REGLAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. EL ARTÍCULO 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....</b>	<b>271</b>
I. LA LEY COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD .....	273
1. <i>El artículo 1.256 del código civil y el principio de interdicción de arbitrariedad...</i>	276
1.1 Supuestos que pueden suponer una contravención de la prohibición de la arbitrariedad.....	279
1.1.i. Facultades unilaterales de modificación del contrato (con referencia a la determinación y modificación del precio) .....	279
a) Fijación y modificación unilateral del precio.....	283
b) Motivos válidos para la modificación unilateral.....	299
1.1.ii. Facultades unilaterales de interpretación del contrato.....	304
1.1.iii. Reserva del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato .....	308
1.1.iv. Cláusulas que limiten los derechos por incumplimiento o cumplimiento defectuoso.....	313
a) Acción de resolución.....	315
b) Saneamiento por vicios ocultos.....	323
c) Indemnización por daños y perjuicios. Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad.....	323
c.1) Regulación en sectores específicos: contrato de transporte y contrato de <i>leasing</i> .....	331
c.2) Límites de las cláusulas de limitación de responsabilidad y condiciones generales.....	352
1.1.v. Cláusulas que facultan unilateralmente a dar por terminado el contrato.....	366
a) Facultad de resolución unilateral por incumplimiento o motivos graves y ajenos a la voluntad de las partes.....	367
b) Facultad unilateral de extinción del contrato <i>ad nutum</i> .....	387
1.1.vi. Facultades respecto de plazos relacionados con la oferta o el cumplimiento de la prestación.....	399
a) Plazo para la aceptación o rechazo de una oferta.....	399
b) Plazo para satisfacer la prestación debida.....	405
1.1.vii. Cláusulas relacionadas con la prórroga automática del contrato.....	414
1.1.viii. Cláusulas restrictivas respecto de los acuerdos o compromisos adquiridos por representantes o mandatarios .....	419



1.1.ix. Cláusulas que supeditan los compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.....	422
1.2. Las posibilidades de la interdicción de la arbitrariedad como control de contenido: delimitación del supuesto de hecho.....	425
1.2.i. Delimitación del supuesto de hecho: ¿qué se puede entender por “arbitrio”?...	429
1.2.ii. Conclusiones.....	436
2. <i>El artículo 1.102 del Código civil: el dolo como límite en la limitación o exoneración de responsabilidad</i> .....	437
3. <i>El artículo 1.485.ii del Código civil y la imposibilidad de limitar la responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe</i> .....	446
3.1 La exoneración de responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de leasing.....	451
4. <i>El artículo 1.176 del Código civil y la facultad de consignación</i> .....	455
5. <i>La interpretación contra proferentem contenida en el artículo 1.288 del Código civil</i> .....	458
6. <i>El artículo 1.154 del Código civil y la moderación de la cláusula penal</i> .....	459
6.1 Moderación de cláusulas penales sustitutivas exorbitantes .....	464
6.2 Moderación sólo en casos de incumplimiento parcial o irregular.....	471
6.3 Cláusula penal sustitutiva y condiciones generales entre empresarios.....	480
7. <i>El artículo 217 de la LEC y la carga de la prueba</i> .....	485
8. <i>El artículo 54 de la LEC y la sumisión expresa en los contratos de adhesión</i> .....	489
9. <i>La financiación empresarial. Los intereses en el contrato de préstamo y la Ley de la usura</i> .....	493
10. <i>La financiación empresarial. El crédito comercial y sus límites mediante la ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales</i> .....	513
II. LA MORAL COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	540
III. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	556
1. <i>El Orden público económico</i> .....	563
<b>RECAPITULACIÓN: LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE MEDIANTE LAS REGLAS GENERALES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES....</b>	<b>575</b>

## TERCERA PARTE

### LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1.258 COMO POSIBLE MECANISMO DE CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS

<b>CAPÍTULO I. LA BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DE COMERCIO .....</b>	<b>583</b>
I. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO: ARTÍCULO 7.1 DEL CÓDIGO CIVIL.....	586
II. LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL.....	589
1. <i>Como criterio de interpretación</i> .....	591
2. <i>Como fuente de integración</i> .....	594
<b>CAPÍTULO II. LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL COMO REGLA DE CONTROL DE CONTENIDO.....</b>	<b>599</b>
I. POSIBILIDAD DE RECURRIR A LA BUENA FE DEL ART. 1258 CC PARA ARTICULAR EL CONTROL DE CONTENIDO.....	599
1. <i>Superación de la máxima pacta sunt servanda como noción “intocable” en condiciones generales de la contratación</i> .....	600
2. <i>Idoneidad del concepto de buena fe para extender su ámbito de aplicación más allá de la función integrativa</i> .....	603
3. <i>Encaje del artículo 1.258 como norma de control material</i> .....	609
II. INTENTO DE CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE BUENA FE. LA BUENA FE, LA TRANSPARENCIA Y EL EQUILIBRIO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.....	624
<b>RECAPITULACIÓN: LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL COMO NORMA DE CONTROL DE CONTENIDO.....</b>	<b>647</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>651</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>659</b>

***PRIMERA PARTE***

***LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE  
EMPRESARIOS Y SU CONTROL***

---



## CAPÍTULO I

### ***EL FENÓMENO DE LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS***

---

#### **I. INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS**

El objeto central de este trabajo es el control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. El interés del tema viene explicado por varios motivos. En primer lugar, porque la solución adoptada en este punto por nuestro legislador, decantándose por no configurar una protección material específica en este tipo de contratos, ha sido tradicionalmente cuestionada por voces relevantes de la doctrina, entendiendo que no solo el adherente consumidor puede ser parte débil de la relación. No estamos, por tanto, ante una cuestión pacífica.

Y no se trata, además, ésta, de una controversia meramente teórica sino que la postura que se adopte tendrá una gran repercusión en la práctica, dada la propia importancia cuantitativa que representan en las economías actuales los dos componentes principales del trabajo: la contratación mediante condiciones generales -cuya fuerte presencia en el tráfico jurídico actual es incuestionable-, por un lado, y los sujetos que, dentro de la categoría genérica de “empresarios”, podrían verse afectados por una protección mediante el control de contenido, por otro. Efectivamente, pensando en una empresa de pequeño tamaño como la más próxima, *a priori*, a ostentar la posición de adherente débil en un contrato predispuesto, los datos son elocuentes. En España, el 99.88% del tejido empresarial está constituido por la pequeña y mediana empresa (PYME)<sup>1</sup>. Es más, incluso restringiendo considerablemente el tamaño a analizar para acercarnos más a lo que podría ser la figura de un sujeto débil necesitado de tutela en la contratación, el resultado es el mismo pues las empresas de 0 a 9 empleados -lo que se ha venido a denominar *microempresas*- siguen concentrando el grueso empresarial en nuestro país: su peso asciende al 95.8% del total de

---

<sup>1</sup> Entendiendo por PYME, tanto en España como a nivel europeo, las empresas con menos de 250 empleados (en combinación con otros criterios de facturación). Fuente de los datos tomados a 1 de enero de 2014: Retrato de las PYME 2015, Subdirección General de Apoyo a la PYME Ministerio de Industria, Energía y Turismo ([http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato\\_PYME\\_2015.pdf](http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf)). El mismo resultado arroja la estadística del INE “*Empresas por estrato de asalariado y condición jurídica*” para el año 2014 (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=299>)

empresas, siendo también significativo el hecho de que las microempresas sin asalariados – en su mayoría, personas físicas, es decir, autónomos- constituyan el 53.6% del total empresarial<sup>2</sup>. Estos sujetos actúan de forma continua en el tráfico jurídico mercantil como adherentes en contratos predispuestos por empresas de mayor tamaño que, aunque representan un porcentaje muy pequeño del número total de empresas en nuestro país, aglutinan una buena parte de los contratos que en él se realizan. Teniendo en cuenta esto, no estamos ante un supuesto aislado y puntual, sino que es un gran volumen de contratación el que se ve afectado en la práctica diaria por el sentido que se le dé a la regulación del control de contenido en dichos contratos. Más aun si se tiene en cuenta que, como empresarios que son y con independencia de su tamaño y posición, se ven afectados por la protección que sí que otorga la normativa de defensa del consumidor a la contraparte cuando contratan en el marco del Derecho de consumo.

Si se defiende, como aquí se hace, que existe también una necesidad de protección material en ciertos contratos mediante condiciones generales entre empresarios, el punto de partida ha de situarse, necesariamente, en la justificación y delimitación de tal control de contenido, a lo que se dedica la parte inicial de la obra. Una vez aclarado este punto, el objetivo del trabajo es concretar la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico a la que puede recurrir un adherente empresario débil necesitado de protección y el alcance de la misma. Metodológicamente, este estudio se divide en dos partes claramente diferenciadas. En primer lugar, la protección otorgada por el marco normativo específicamente previsto para la contratación mediante condiciones generales, que se centrará en el análisis de la LCGC. Dentro de esta primera parte se ha creído conveniente incluir referencias a cuatro sectores de contratación concretos, bien por su particular vinculación con las condiciones generales, bien por la previsión de un control de contenido en la contratación no de consumo, bien por ambas. En uno de los casos, sin embargo, la Ley de lucha contra la morosidad, se remite su estudio a un momento posterior por considerar que no se trata propiamente de un control en un sector de contratación concreto sino de un control en la determinación de una fase del contrato –su cumplimiento–.

---

<sup>2</sup> La importancia de las empresas de reducido tamaño para la economía se ha puesto de manifiesto también fuera de nuestras fronteras. Ejemplo de ello son las diversas iniciativas comunitarias que tienen por objeto el fomento de políticas a favor de la pequeña empresa y la creación de un “*business friendly environment*”, como la *Small Business Act for Europe* (SBA), cuyo lema principal es “pensar en pequeño” (“*Think Small First*”). Hay que matizar que dentro de estas políticas no se prevé la creación de un control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios pero sí que son indicativas del peso de las pequeñas y medianas empresas, columna vertebral de la economía europea al representar también el 99% de todas las empresas en EU y la mayor fuente de creación de puestos de trabajo ([http://ec.europa.eu/growth/smes/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/growth/smes/index_en.htm)).

En segundo lugar, y tras constatar el escaso recorrido de nuestra normativa *ad hoc* de las condiciones generales de la contratación, no queda más remedio que proceder a un examen pormenorizado de normas ajenas a esta contratación predispuesta pero que pueden suponer un límite a la autonomía de la voluntad también para este tipo de contratos. Será el momento de abordar las posibilidades del Derecho de la competencia y de los límites a la autonomía de la voluntad del Derecho de obligaciones y contratos en general –art. 1255 Cc: ley imperativa, moral y orden público-, siendo los supuestos de Derecho *ius cogens* los que concentren realmente el grueso del trabajo. Se ha procurado ofrecer, aquí, una visión de conjunto y, a la par, ordenada, de distintas cláusulas que pueden ser constitutivas de abuso en contratos mediante condiciones generales entre empresarios y que podrían encauzarse a través de los límites inherentes a la autonomía de la voluntad, contenidos dentro y fuera del Código civil y de comercio. Dada la insuficiente protección que ofrece el recurso al art. 1255 Cc y los límites generales de los contratos, ha sido necesario buscar alguna otra vía que permita ofrecer una adecuada tutela al empresario contratante débil. A ello se dedica la última parte del trabajo, dedicado por entero a la cláusula general de la buena fe (comprendida en el art. 1258 Cc). Con la especial referencia a esta figura, se plantea dar solución a aquellos supuestos de abusos en contratos mediante condiciones generales entre empresarios que no se ven adecuadamente resueltos por los límites de los capítulos anteriores, buscando configurar, entre unos y otra, una suerte de fórmula completa que permita una protección adecuada ante la ausencia de un control específico en nuestra legislación vigente.

Hay que hacer notar, por último, la pertinencia en el tema objeto del trabajo de volver la mirada hacia otros Ordenamientos jurídicos. De ahí que el Derecho comparado y las tendencias europeas de unificación del Derecho privado tengan su propio y significativo espacio, situado en el primer Capítulo, justo después de la justificación de la necesidad de control de contenido también en ciertos contratos entre empresarios. La ubicación no es aleatoria sino que responde, principalmente, a su condición de refuerzo de aquella argumentación. Por otro lado, además, a lo largo de todo el trabajo irán surgiendo puntos en común entre nuestra regulación y algunos de los planteamientos hechos al hilo del análisis comparado que nos permitirán alcanzar una visión más completa de los mismos.

Como decíamos, el objeto principal de estudio de este trabajo es el control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Pero, antes de entrar en la materia, nos parece conveniente hacer una serie de precisiones terminológicas y dejar apuntado de forma breve el planteamiento.

Cuando nos referimos, a lo largo del trabajo, al adherente empresario, tomamos el concepto “empresario” desde un punto de vista amplio. Nos desvinculamos, así, del concepto tradicionalmente estricto de empresario-comerciante del Código de comercio, que excluiría, por ejemplo, a los profesionales liberales. En general, cuando aquí hablamos de empresarios adherentes, lo hacemos indistintamente para referirnos a operadores económicos: cualquier persona que ejerza una actividad económica organizada de producción o de cambio de bienes o prestación de servicios para el mercado<sup>3</sup>.

Esta idea va en la misma línea que el concepto de empresario manejado por el TRLGDCU que, según el art. 4, se refiere de forma amplia a “*toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada*” (definición traída del art. 2.2 LCGC). O que la noción de “empresa” de la LMOC que aporta el art. 2.a) (“*cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional*”).

Este primer intento de abordar la figura del sujeto adherente que nos ocupará las siguientes líneas, queda más claro si se complementa con una delimitación negativa. En este sentido, los adherentes que a nosotros nos interesan son los que no se pueden calificar como consumidores. Sin querer profundizar en la definición de consumidor<sup>4</sup>, un dato sin duda relevante para encuadrar a un sujeto como tal es, siguiendo el concepto que utiliza el art. 3 TRLGDCU, el hecho de que actúe “*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”. Es decir, es esencial el uso privado –de destinatario final- de los bienes o servicios adquiridos, de tal modo que éstos no se integren en un proceso de producción o de comercialización sino que tengan como destino la satisfacción de necesidades personales,

---

<sup>3</sup> Definición de MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 11ª ed., Aranzadi, Navarra, 2013, p. 40. Algo parecido es el concepto más amplio de “empresario” que formula VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 113: en su “*teoría de los tres círculos concéntricos*” el más amplio sería el constituido por todos los operadores económicos que actúan autónomamente o bajo responsabilidad propia en el mercado, incluyendo tanto a los comerciantes como a otros empresarios, a los profesionales titulados en ejercicio libre, a las Corporaciones Públicas y a los trabajadores autónomos.

<sup>4</sup> BADENAS CARPIO, J. M., “Comentario al artículo 2, Ámbito subjetivo”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 69 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 3”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 87 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BLASCO, F.; CLEMENTE, M.; ORDUÑA, J., et. al. (coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 377 – 399; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al artículo 3”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 103 y ss.; “El concepto legal de “consumidor” en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 3, núm. 1, marzo 2011, pp. 85 y ss.



familiares o domésticas<sup>5</sup>. Pues bien, los contratos que a nosotros nos van a interesar son aquellos en los que no hay ningún atisbo de “acto de consumo”, es decir, aquellos que claramente están excluidos de la protección típicamente dispensada a los consumidores por el TRLGDCU pues ni –obviamente- el predisponente, ni tampoco el adherente, lo son.

Como es natural, por tanto, haremos continua referencia a contratos mediante condiciones generales entre empresarios o contratos mercantiles mediante condiciones generales. Matizamos que al usar la expresión “contratos mercantiles” dejamos a un lado su concepto jurídico estricto –según los criterios, contratos en los interviene uno o más comerciantes, finalidad de la operación, etc.- para referirnos, en consonancia con la amplitud terminológica de las líneas anteriores, a aquellos contratos que se realizan como acto de tráfico, esto es, como acto que sirve a las exigencias del tráfico profesional del empresario –entendido éste en sentido amplio- en el mercado de bienes y servicios, ya se trate de una actividad comercial, de una actividad industrial o de una actividad de servicios<sup>6</sup>. La calificación de mercantil en estos casos la entendemos asociada o justificada por la existencia de un ánimo de lucro en la realización del contrato, de una finalidad de participar en el mercado, de una vinculación con el denominado “riesgo de empresa”. Por eso un contrato en el que, por ejemplo, el adherente sea un profesional liberal también podrá ser referido aquí como contrato mercantil.

En cuanto al ámbito objetivo, nos centraremos en los contratos mediante condiciones generales, a los que denominaremos indistintamente también contratos de adhesión<sup>7</sup>. A lo largo del trabajo hablamos asimismo de cláusulas o contratos predispuestos y no negociados, ya que el fundamento para la mayor parte de los razonamientos será, precisamente, esa ausencia de negociación y la imposición de contenidos contractuales, que son comunes a todas las anteriores nociones. Somos conscientes de las diferencias entre los distintos conceptos pues, si atendemos al art. 1 LCGC, las condiciones generales han de ser redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, requisito que

<sup>5</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El concepto de consumidor...”, op. cit., pp. 379, 385.

<sup>6</sup> MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil...*, op. cit., p. 33. Con anterioridad, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, vol. 1º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964, pp. 48 – 49, había delimitado de forma amplia y al margen de la definición del Ccom los contratos mercantiles como aquellos contratos que se producen en el ejercicio de una empresa mercantil: “*contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes*”.

<sup>7</sup> Aunque hay matices que los diferencian, se pueden considerar sinónimos (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 154; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Notas sobre el concepto de contrato de adhesión”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, año 13, octubre – diciembre 1994, p. 1060).

no es necesario al hablar de simples contratos predispuestos o no negociados<sup>8</sup>. En este sentido, las condiciones generales de la contratación suponen sin duda una garantía de que efectivamente no ha existido negociación, pues en el momento en el que varios contratos que comparten un mismo predisponente y distintos adherentes tienen el mismo contenido, puede concluirse que no ha habido negociación individual. Además, la estandarización posiblemente acrecienta la sensación en el adherente de que no va a poder influir en el contenido del clausulado y no le queda más opción que aceptarlo o no. Esto, sin embargo, no es exclusivo de las condiciones generales de la contratación y puede predicarse también de cláusulas que no cumplen con esa “generalidad” pero que pueden haber si tan impuestas como las primeras. Dado que la piedra angular del razonamiento de estas líneas es la imposición de contenidos contractuales por parte del contratante fuerte y sin que el otro, parte débil, tenga posibilidad de influir en los mismos, muchas de las afirmaciones y valoraciones que aquí se hagan podrían ser extensibles también a contratos predispuestos o no negociados particulares. Sin embargo, especialmente por el exiguo marco normativo que existe en nuestro ordenamiento jurídico en la materia, nos centraremos en las condiciones generales. Efectivamente –y sin perjuicio de normas sectoriales- la única referencia a la que en la actualidad se puede recurrir en contratos carentes de negociación entre empresarios es la LCGC, que está referida, como su nombre indica, a las condiciones generales y no a las cláusulas no individualmente negociadas. En esta normativa se basan algunos de los

---

<sup>8</sup> Hay autores que han minimizado las diferencias, como ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 104 (escasa relevancia práctica tiene la distinción porque es raro imaginar un empresario que redacte una cláusula contractual para utilizarla en un único contrato con un consumidor); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 30 (que el ámbito de la normativa de consumo sea más amplio que el de la LCGC es más aparente que real porque se presume que las cláusulas predispuestas en un contrato serán incorporadas a una pluralidad de ellos); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Libro II, Título II, Comentario a los artículos 80 a 89”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 893 (la generalidad es un elemento teleológico que no debería exigir una proyección efectiva y reiterada). Pensamos que en contratos entre empresarios sí que pueden ser más comunes estas situaciones de clausulados predispuestos para un único contrato, lo que no implica, a pesar del carácter de empresario del adherente, al que se le exige más que al consumidor, que no pueda existir igualmente una imposición. Crítico con una “pretendida simetría entre los presupuestos de las condiciones generales y de las cláusulas individuales no negociadas que muchos autores parecen sugerir en los contratos con consumidores” se muestra ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles; Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 78 – 82: Un tratamiento indistinto del control de incorporación y contenido en ambos tipos de cláusulas sería erróneo, teniendo en cuenta la presunción de no negociación que existe en las condiciones generales mientras que en los contratos individuales la presunción tiene que ser la contraria (también, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Navarra, 2009, p. 118, señalando la mayor autorresponsabilidad que se le debe exigir al empresario adherente frente a un contrato individual no negociado que frente a uno mediante condiciones generales).

escasos elementos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico en contratos entre empresarios. Pero, además, la LCGC será importante para otros razonamientos referidos a un posible control de contenido basado en normas generales de los contratos. Por eso, a las condiciones generales de la contratación nos referimos, sin que esto impida, como decíamos, que muchas de las reflexiones puedan ser trasladables también a condiciones no negociadas particulares entre empresarios e incluso, si el marco normativo fuera otro, que apoyáramos la necesidad de control material de estas cláusulas no negociadas de forma individual, si realmente no ha existido negociación y sí una imposición de contenido a una parte débil que no tiene capacidad de influir en el mismo<sup>9</sup>.

Pues bien, mucho es lo que se ha escrito hasta hoy acerca de la contratación mediante condiciones generales. A pesar de ello, es obligado hacer siquiera una breve referencia a los inicios de este fenómeno y sus implicaciones en la noción tradicional de contrato para comprender el funcionamiento y consecuencias de la estandarización contractual. Efectivamente, dado que en estas líneas se defiende que también algunos adherentes no consumidores pueden estar necesitados de protección y aunque se trata de una postura para nada aislada en la actualidad, consideramos fundamental comenzar con un razonamiento a favor de tal necesidad de protección. Para ello, es esencial señalar las características de este proceso peculiar de formación de los contratos, destacando por encima de todas la ausencia de una plena autonomía de la voluntad. Este déficit de autonomía privada, como tendremos ocasión de ver a continuación, es común a toda contratación mediante condiciones generales, con independencia de la naturaleza del adherente, consumidor o empresario. También ha de serlo, por tanto, la tutela al contratante débil. Esto no quiere decir, sin embargo, que se defienda que todo empresario sea merecedor automáticamente de protección por ser adherente en un contrato predispuesto. Pero sí quiere decir que, a diferencia de lo previsto por la legislación española actual, los problemas de abusos por parte del predisponente en contratos de adhesión no son exclusivos de los contratos de consumo.

Comenzaremos este Capítulo, como decíamos, con una breve alusión al procedimiento de la contratación mediante condiciones generales –cuya comprensión es clave–, para pasar a apuntar unos primeros argumentos a favor de una protección general a todo adherente, aunque con los matices que veremos en el caso de los contratos entre empresarios. Estas ideas se verán posteriormente reflejadas en el régimen jurídico de algunos de los

---

<sup>9</sup> Sin perjuicio de los problemas de prueba de esta “no negociación” (*cfr.* ALBIEZ DOHRMANN, pie de página anterior).

ordenamientos vecinos y en la mayoría de los textos de Derecho europeo de contratos, lo que no hará sino reforzar lo pertinente de un control de contenido no restringido a los contratos de consumo.

## II. EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

La revolución técnica y comercial iniciada en el siglo XIX da paso a una producción de bienes y prestación de servicios en masa por parte de las empresas. El volumen de producción se multiplica mientras que los tiempos se reducen. Como señala URÍA, el capitalismo y los correlativos criterios de racionalización de la economía, favorecieron el nacimiento de grandes empresas que buscaron la estandarización de los productos y la uniformidad de los servicios, de tal forma que éstos se convierten en fungibles en el sentido de que se pierde el elemento personal en las relaciones de las partes<sup>10</sup>. Fruto de la íntima conexión entre las estructuras económicas y las jurídicas, pronto estas transformaciones tuvieron su reflejo en el campo contractual, instrumento por excelencia para el intercambio de bienes y servicios<sup>11</sup>. Así, las empresas comienzan a realizar diariamente multitud de contratos en iguales condiciones. Véanse, por ejemplo, los sectores que han sido considerados como pioneros en la aparición de las condiciones generales: el transporte marítimo y, después, de ferrocarriles, los seguros o las entidades financieras<sup>12</sup>. Todos ellos necesitaban de unas estructuras contractuales lo más uniformes posibles que facilitaran y

---

<sup>10</sup> URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 62, octubre – diciembre, 1956, pp. 222 y ss. En el mismo sentido, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Edersa, Madrid, 1969, pp. 13 y ss. También señalando que el elemento personal en las relaciones comerciales deja paso a su cosificación y estandarización, RAISER, L., *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1935, p. 16.

Una explicación de la aparición de las condiciones generales de los contratos en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, en SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Navarra, 2009, pp. 93 y ss.

<sup>11</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 13. Al respecto apunta ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero – junio, 2006, p. 101, que el mercado no existe si no hay intercambio de bienes y servicios y el intercambio de bienes y servicios, por su parte, no se puede articular si no es a través del contrato. Muy ilustrativas de esta relación son las palabras de OPPO, G., “Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, p. 48: “*Contratto y mercado interfieren y se influncian reciprocamente. Es difícil establecer, en el plano lógico, jurídico y económico, una prioridad o una prevalencia. El mercado –lejos de sustituir al contrato- está hecho de contratos; los contratos nacen del y en el mercado. No se puede regular los unos independientemente del otro y viceversa [...]*”.

<sup>12</sup> URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación...”, op. cit., pp. 224 – 225; GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 16 – 17; ROPPO, E., *Contratti standard*, Giuffrè Editore, Milan, 1975, p. 6. Mucho antes, aunque como un fenómeno separado, se apunta la existencia de unos formularios notariales (“*fórmulas de la llamada jurisprudencia cautelar*”) que representaban, sin embargo, solo una estandarización de la forma pero no del contenido del negocio, como sí que ocurre en el caso de la contratación mediante condiciones generales (URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación...”, op. cit., p. 224).

permitieran mantener esta organización de la producción y este intercambio masivo de bienes y servicios. La racionalización de la economía implica una racionalización del procedimiento contractual, un tipo de contratación a la que ROYO se refirió como “*deshumanizada*”<sup>13</sup>.

Tradicionalmente se señala a SALEILLES como el primero que denominó a esta realidad con el nombre de “*contracts d’adhésion*”. Apuntó el autor en aquel momento que “*hay contratos y contratos*”, existiendo algunos que no tienen de contrato más que el nombre, contratos en los que predomina exclusivamente una sola voluntad actuando como voluntad unilateral que dicta su ley, no solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se compromete ya por adelantado, unilateralmente, salvo adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato<sup>14</sup>. También en Alemania, a través de RAISER, se afianza la literatura sobre este tipo de clausulados, denominados “*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*”, situando la necesidad de racionalización de los contratos en masa de los años posteriores a la guerra, junto con la aspiración de consolidar una autoridad económica a través de este marco jurídico, como algunos de los factores para explicar las razones que propician el gran crecimiento de este tipo de contratación<sup>15</sup>.

Los contratos mediante condiciones generales, aquellos cuyo contenido es predispuesto por una de las dos partes –empresario- y en los que no hay negociación posible sino solo su firma, se convierten, de este modo, en instrumentos imprescindibles para el desarrollo económico. URÍA explica las tres razones que principalmente llevan a las empresas a utilizar este tipo de contratación uniforme<sup>16</sup>: por una parte, el beneficio que les reporta un contrato-tipo en el ahorro de las negociaciones y consultas de los representantes al principal o en la simplificación de la actividad para la firma del contrato; por otra parte, la seguridad que conlleva el uso de un régimen contractual que han podido analizar minuciosamente, en cuanto a sus riesgos y responsabilidades<sup>17</sup>; y, por último, el refuerzo de la posición de la

<sup>13</sup> ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho civil*, tomo II, enero – marzo, 1944, p. 55.

<sup>14</sup> SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté*, Cotillon, Paris, 1901, pp. 229 – 230.

<sup>15</sup> RAISER, L., *Das Recht der Allgemeinen...*, op. cit., pp. 19 y ss. Se había utilizado en Alemania a principios de siglo la expresión “contratos en masa” –“*Massenvertrags*”- por KOHLER, J. (1908), citado por RAISER, p. 17.

<sup>16</sup> URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación...”, op. cit., pp. 223 – 224. También, de forma detallada, ROPPO, E., *Contratti standard...*, op. cit., pp. 29 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. Cit., pp. 28 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 33 y ss.

<sup>17</sup> ROPPO, E., *Contratti standard...*, op. cit., pp. 32 – 33: “*sujetar las transacciones de la empresa al régimen uniformemente predeterminado de las condiciones y esquemas negociales estandarizados significa organizar instrumentos para un cálculo más preciso del coste de la producción de los bienes y servicios ofertados al mercado*”. También señala garantía de previsión y cálculo económico HART, D., “Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato”, en BARCELLONA, P.; HART, D.;

empresa frente al cliente, pudiendo hacer más gravosos los deberes de este último y rebajar la responsabilidad del empresario “*hasta el máximo que la ley permita, cuando no más allá*”.

Además de que sería inviable en la práctica llevar a cabo una negociación individualizada para cada uno de los negocios jurídicos con la finalidad de determinar el contenido de éstos, la existencia de los contratos predispuestos puede presentar ciertas ventajas –no exentas de ser cuestionadas-, como proporcionar una regulación detallada y posiblemente ajustada al sector comercial concreto o suponer un menor coste para el empresario que puede llegar a traducirse en una rebaja de precio<sup>18</sup>. No obstante, han sido puestos de manifiesto en mayor medida los peligros de esta racionalización de la actividad contractual de las empresas. Como ya dejaba entrever la afirmación final resaltada de URÍA, los abusos que se relacionan con la contratación en masa vienen de la mano de la propia configuración del contrato y el uso que puede hacer el predisponente de su supremacía. El riesgo de que se persiga una unificación proclive a la hegemonía del contratante más fuerte, más que una simplificación de la contratación en sí, es lo que evidencia MARÍN ya que, al fin y al cabo, el predisponente está gestionando tanto sus intereses como los ajenos<sup>19</sup>. Esto, obviamente, no pasa desapercibido por los empresarios, que tienen el siguiente comportamiento descrito por ROYO: “*quien halla entre los documentos que llegan a sus manos una cláusula que le parece eficaz en su alcance y no tan agresiva en su apariencia como para espantar a los clientes, la incorpora definitivamente a sus propios contratos ulteriores*”. En idéntico sentido explica DE CASTRO la rápida extensión del empleo de las cláusulas generales, facilitada por su propia redacción objetiva y abstracta y, además, disimulada en un largo clausulado, que puede dar la apariencia de ser la regulación normal de la rama de la industria o del comercio en lugar de una norma propia y conscientemente empleada por el comerciante concreto<sup>20</sup>.

---

MÜCKENGERGER, U., *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1988, p. 121.

<sup>18</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho civil*, abril – junio, 1961, pp. 297 – 298; GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos...*, op. cit., pp. 24 – 28. Como señalan los autores, estos argumentos tendrían su réplica –la regulación puede ser ajustada al sector pero eso no la hace mejor en todo caso; la bajada de coste no siempre tiene su reflejo en una bajada posterior de precio-.

<sup>19</sup> MARÍN PÉREZ, P., “La crisis del contrato”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964, año 62, tomo 216, pp.697 – 698; 705.

<sup>20</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos...”, op. cit., pp. 319 – 320. En este sentido había indicado RAISER, L., *Das Recht der Allgemeinen...*, op. cit., p. 42, que muchas condiciones son difundidas como la epidemia entre los contratos mediante condiciones generales de la época en la mayoría de los sectores económicos puesto que, a fin de cuentas, no se conoce quién ha sido su autor, si el empresario individual, su asesor jurídico o la asociación que está detrás.

En este punto, y antes de profundizar en la nota de imposición de los nuevos contratos en masa, no podemos sino subrayar el contraste que supone esta forma de contratación respecto de la noción existente hasta ese momento de “contrato”. Y es que la ideología liberal preponderante en el siglo XIX hizo que el legislador recogiera un concepto de contrato que descansaba sobre presupuestos tales como el *laissez faire* de la economía liberal, la igualdad de las partes contratantes y la preponderancia de la libertad individual<sup>21</sup>. Esta concepción eminentemente individualista es llevada al extremo de entender que “*toda obligación, para ser justa, debe ser libremente consentida y toda obligación libremente consentida es, sólo por eso, justa*”<sup>22</sup> y debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico, pues el libre consentimiento es la condición necesaria y suficiente para que un compromiso sea sancionado por el Derecho<sup>23</sup>.

Por tanto, el contrato, tal y como se concibe en el Código civil y el Código de comercio, se trata de una institución asentada sobre dos pilares: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato<sup>24</sup>. Autonomía y carácter vinculante de los pactos son dos ideas que se implican recíprocamente. La autonomía de un individuo significa el poder de gobernarse a sí mismo, de dictarse a sí mismo la ley. Ello conlleva que el ordenamiento jurídico le confiera a ese individuo poder para regular sus propios intereses y, no solo eso –que podría quedar más en la esfera de la libertad del poder hacer-, sino que, además, considera como vinculantes esos actos en los que el individuo manifiesta su autonomía privada<sup>25</sup>. Los particulares tienen el poder de regular sus intereses –en el sentido de constituir relaciones jurídicas así como de reglamentar su contenido- y, como consecuencia del principio de autorresponsabilidad, quedan vinculados a los pactos que alcancen que, por haber nacido de un consentimiento libre, les obligan. *Pacta sunt servanda*, como dice la conocida máxima jurídica.

Este esquema, esta noción tradicional de contrato basada en el dogma de la autonomía de la voluntad, empieza a incurrir en incongruencias cuando la evolución de la tecnología y la

<sup>21</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Navarra, 2007, p. 137.

<sup>22</sup> OSSORIO MORALES, J., “Crisis en la dogmática del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1952, p. 1178, recoge esta afirmación que trae causa del axioma francés de la época “*qui dit contractuel, dit juste*”, como muestra del principio de la autonomía de la voluntad llevado a sus últimas consecuencias.

<sup>23</sup> MARÍN PÉREZ, P., “La crisis del contrato...”, op. cit., pp. 721 – 722: “*Toda obligación, para ser sancionada por el Derecho, debe ser consentida libremente; pero a la inversa, toda obligación, desde el momento en que ha sido consentida libremente, ha de ser sancionada por el Derecho*”.

<sup>24</sup> MARÍN PÉREZ, P., “La crisis del contrato...”, op. cit., p. 671. Acerca de los matices que diferencian los términos “autonomía de la voluntad”, “autonomía privada” y “libertad de contratar”, Díez-PICAZO, L., “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, *La Ley*, núm. 7765, 29 de diciembre, 2011.

<sup>25</sup> Díez-PICAZO, L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1956, pp. 1151 y ss.

sociedad con la que iniciábamos el epígrafe origina cambios en las formas en las que los agentes se relacionan en el tráfico jurídico -los individuos ya no pactan siempre, ni siquiera la mayoría de las veces, libremente según sus intereses y en igualdad de condiciones- y surgen nuevas necesidades en la realidad que no tienen su correlativo reflejo en el Derecho.

Al respecto, OSSORIO hace referencia a las contradicciones que van surgiendo, como la discordancia existente entre decir que las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley, y permitir que esa ley particular pueda ser alterada a instancia o conveniencia de uno de los contratantes y contra la voluntad del otro mediante las facultades revisoras. “Cada vez”, apunta, “es más reducido el supuesto de que, al contratar, los contratantes se pongan libremente de acuerdo sobre el contenido y los efectos del contrato que celebran. Esto ocurre ya en un ámbito tan reducido del tráfico jurídico [...] que sería pueril seguir formulando el concepto genérico del contrato a base de un libre acuerdo de voluntades, que sólo excepcionalmente entran ya en juego. La excepción no puede ni debe servir para formular el concepto del contrato como categoría capaz de abarcar todos los tipos que la realidad social y legal nos ofrece”<sup>26</sup>.

Se produce lo que algunos autores han denominado como “crisis del contrato”<sup>27</sup>: en la medida en que las nuevas y crecientes formas de intercambio de bienes y servicios no encajan en las estructuras clásicas del contrato pero éste sigue siendo utilizado, el concepto se distorsiona. De ahí que, ya a principios de siglo XX, DORADO manifestase que “el derecho civil tradicional se está resquebrajando y descomponiendo, para ceder el sitio a otro nuevo derecho civil que armonice mejor con las concepciones que se van abriendo paso”<sup>28</sup>.

Con independencia del nombre con el que se designe a la coyuntura económica y jurídica, la realidad es que el libre acuerdo de voluntades, tal y como se concebía en el concepto liberal de contrato, ya no se produce cuando el negocio jurídico se concluye mediante condiciones generales, pues existe una imposición del clausulado por una de las partes

---

<sup>26</sup> OSSORIO MORALES, J., “Crisis en la dogmática...”, op. cit., pp. 1184, 1186.

<sup>27</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 264. POLO, E., “La protección del consumidor en el Derecho privado”, en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profeso Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, pp. 824 y ss., por su parte, habla de “crisis del dogma de la autonomía de la voluntad”. Recientemente, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, p. 238, apunta que hoy en día no puede hablarse ya de crisis ni muerte del contrato, ni de una excesiva intervención que hace desaparecer la autonomía de la voluntad, sino de la vuelta con fuerza de las ideas liberales (en referencia a las concepciones doctrinales meramente formales de la autonomía).

<sup>28</sup> DORADO, P., “Hacia un nuevo Derecho civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1906, año 54, tomo 108, p. 503.



hacia la otra<sup>29</sup>. ¿Debe tener esto alguna repercusión en la configuración del régimen jurídico del contrato? Parece que la respuesta debería ser afirmativa: es cuestionable sostener el carácter absoluto de la obligatoriedad de lo pactado cuando el contrato ya no es expresión de la autonomía privada de las partes<sup>30 31</sup>. Estaría justificado, en este sentido, un control especial del mismo.

<sup>29</sup> “Se trata de una aceptación, resignada o no, de la existencia de condiciones generales establecidas por la otra parte, cuya aplicación no ha habido oportunidad de discutir ni, por tanto, oportunidad de evitar. Se trata de algo semejante a una firma en blanco confiando en la buena fe de la otra parte”, en palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Reflexiones sobre las condiciones generales”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, p. 4945.

<sup>30</sup> Hoy en día está superada la idea de GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 96, según la que los contratos celebrados por adhesión a las condiciones generales no constituyen una categoría *a se* que requiera una disciplina distinta de los demás contratos puesto que “tales caracteres [los señalados por la doctrina como típicos para estos contratos] son metajurídicos, precontractuales o meramente sociológicos; y los que pudieran tener relevancia jurídica no son exclusivos de tal pretendido tipo de contratos, sino que son o pueden ser comunes a todo negocio contractual”.

<sup>31</sup> Ha sido muy amplio el debate acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación y el fundamento de su vinculatoriedad, aunque algún autor quitara relevancia a la cuestión (ROPPO, E., *Contratti standard...*, op. cit., p. 91, señalaba la “sustancial indiferencia [en cuanto al régimen jurídico] [...] de la alternativa entre la aproximación contractual y la aproximación normativa”). Hoy en día, descartadas las teorías normativistas –aquellas que consideran a las condiciones generales como un acto reglamentario y no como un contrato y por lo tanto, vinculan porque son normas–, cabe afirmar la naturaleza contractual de las mismas, posición refrendada además por la regulación legal y seguida con anterioridad por la mayoría de la doctrina.

Las teorías contractualistas entienden que las condiciones generales son verdaderas cláusulas contractuales. Para encajar en un esquema contractual el especial consentimiento que supone la adhesión del adherente, se han desarrollado distintas teorías. Entre ellas, cabe señalar a ALFARO (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 40 y ss., de forma detallada sobre el debate acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales; pp. 93 y ss., en concreto, sobre su postura), quien apuesta, en un primer momento, por una “eficacia declarativa de las condiciones generales”, esto es, las condiciones generales carecen de eficacia constitutiva por sí mismas y solo vinculan en la medida en que su contenido coincide con las fuentes ordinarias del Derecho (p. 100 – 107). En un momento posterior modifica este punto de vista para entender que la adhesión vincula en el sentido de que el adherente se da por enterado de la existencia de condiciones generales y dispone de ellas “durante la vida del contrato aceptando que el predisponente establezca regulaciones equivalentes al Derecho dispositivo, es decir, regulaciones que no alterarían la decisión de contratar con ese empresario tomada por el adherente en función del precio y la calidad física de la prestación” (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 89). Una idea similar había defendido MIQUEL, quien vincula la obligatoriedad de las condiciones generales de la contratación con las fuentes de integración del art. 1258 Cc en el sentido de que “establezcan una regla contractual que pueda considerarse conforme con ellas y en particular con la buena fe” (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Reflexiones sobre las condiciones generales...”, op. cit., pp. 4941 y ss., en especial, pp. 4950 – 4951; “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 438, 441). Para PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 49 – 52, 650 y ss., por su parte, el problema con la adhesión a las condiciones generales se resuelve entendiendo que el propio Código civil diferencia entre elementos esenciales y aspectos secundarios y accesorios, pero de naturaleza también contractual; respecto de los elementos esenciales debe existir un verdadero consentimiento mientras que, respecto de los elementos accesorios (condiciones generales), por su carácter secundario, puede apreciarse que existe libertad de decisión pero no de configuración (p. 660).

Se reseña a continuación alguna bibliografía acerca de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos. Con una posición inicialmente normativista aunque después matizada, señala el carácter *sui generis*, que participa de la naturaleza del Derecho contractual y del Derecho objetivo, GARRIGUES, J., *Contrato de seguro de transporte*, Madrid, 1973, pp. 10 – 12. Incluyendo una breve referencia la doctrina francesa y alemana y apoyando la postura contractualista, ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión...”, op. cit., pp. 59 y ss. Defendiendo la naturaleza contractual de las condiciones generales, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos...”, op. cit., pp. 301 y ss.

### III. ESPECIAL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. EL DÉFICIT DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA NECESARIA PROTECCIÓN AL CONTRATANTE ADHERENTE

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio general del Derecho conlleva la garantía de no intervención en los acuerdos a los que las partes hayan llegado. Como se ha dicho, la justicia de los pactos es una justicia subjetiva porque será lo que a las partes les parezca justo con independencia de si, objetivamente, se trata de un pacto ecuánime. Existe, por tanto, una reticencia a intervenir en el contrato por ser éste expresión de la autonomía privada de los contratantes y, por ende, se entiende que una eficiente distribución de los recursos y asignación de los derechos y obligaciones. Así, en un contrato libremente negociado la mayor o menor justicia del contenido no es importante porque es resultado del ejercicio de la libertad bilateral y ha de suponerse que los acuerdos injustos se rechazan<sup>32</sup>.

Sin embargo, este razonamiento no puede ser trasladado sin más al ámbito de la contratación mediante condiciones generales. El presupuesto de igualdad de las partes no se cumple en este tipo de negocios jurídicos y lo mismo puede decirse respecto del ejercicio de una libertad contractual plena, pues no existe negociación y al adherente solo le queda firmar el clausulado que la otra parte ha redactado previamente<sup>33</sup>. Así las cosas, cuesta pensar que el resultado de este proceso contractual lo es de una verdadera autodeterminación bilateral y que esto es irrelevante a efectos del control de su justicia. Al fin y al cabo, como señalábamos en líneas anteriores, el predisponente está gestionando

---

Detallando el fundamento de validez de las condiciones generales en ordenamientos extranjeros, véase GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 100 – 124. En el ordenamiento jurídico español, *ibidem...*, op. cit., pp. 125 – 129, manifestando su posición –contractualista–, concretamente en pp. 162 y ss. También URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación...”, op. cit., pp. 227 – 238; MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., “La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, julio – agosto, 1987, pp. 1085 – 1088, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1957 como apoyo de la naturaleza contractual de los actos concluidos por adhesión (dice el Tribunal que “*se trata de verdaderos contratos en los cuales concurren, bien que en distinta medida que en el esquema tradicional, los requisitos de consentimiento, objeto y causa, exigidos por el artículo 1261 del Código Civil, pudiendo motivar la mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento, normas especiales y más cuidadosas de interpretación, que mantengan la mayor justicia entre las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por parte de una de ellas, pero no alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales*”); CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición...”, op. cit., pp. 671 y ss.; GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 197 – 199.

<sup>32</sup> En palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 58: “*Es correcto afirmar, no obstante, que el mecanismo contractual tiene una cierta garantía de justicia en cuanto que la exigencia de consentimiento asegura que el acuerdo no es injusto para ninguna de las dos partes, porque ha de suponerse que los acuerdos injustos se rechazan*”.

<sup>33</sup> Por “redactado” queremos decir predispuesto en general. Como sabemos, no es necesario que el predisponente haya redactado en sentido literal las cláusulas sino que es suficiente con que la utilice (por todos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Notas sobre el concepto...”, op. cit. p. 1063).

tanto los intereses propios como los ajenos del adherente<sup>34</sup>, y aquí reside la peligrosidad intrínseca de este modo de contratar<sup>35</sup> pues, como apuntó muy gráficamente ROYO, *“siempre fue grande y por lo mismo rara virtud en el poderoso la moderación espontánea en el uso de su poder, y en el inteligente no aprovechar su sagacidad para obtener ventajas sobre los menos avisados”*<sup>36</sup>. Como veremos después, “poder” e “inteligencia” se reúnen en el lado del predisponente.

En un contrato negociado y, por tanto, considerado justo por haber sido libremente consentido por las partes en igualdad de condiciones, el único control que señala el legislador es el control general del art. 1255 Cc, que impone como límites a la autonomía de la voluntad la ley imperativa, la moral y el orden público. Si no se prevé ningún control especial para los contratos predispuestos, este sería el único coto –en general- para el predisponente a la hora de determinar el contenido del clausulado. ¿Tiene sentido que los controles a los que se vea sometido un contrato negociado y un contrato predispuesto sean los mismos? No lo parece. Las características del procedimiento de formación de los contratos negociados, es decir, de los contratos tal y como se concibieron en el Código civil, son el fundamento de la propia figura y de su regulación, pues la razón de ser última del contrato es la autorregulación bilateral de las propias reglas contractuales<sup>37</sup> y su ordenación se entiende y se configura partiendo, precisamente, de la libertad e igualdad de los contratantes que ha dado lugar al contrato. Dada la importancia vital de estos elementos en la institución contractual, una alteración en los mismos debería conllevar, necesariamente, una modificación en su régimen jurídico. Precisamente por el respeto a la libertad y autonomía contractuales, su ausencia, o, al menos, su déficit, tiene que tener relevancia. La intensidad del control a la que se someten dos tipos diferentes de contratos –diferentes en cuanto a su proceso de formación que, como hemos visto, es el que justifica en buena parte su configuración- no puede ser la misma. La libertad contractual debe tener distintas implicaciones en función del “tipo” de contrato ante el que nos encontremos: si en los contratos negociados libertad significa garantizar la no intromisión en el contenido del contrato –salvo lo referente al Derecho imperativo-, en los contratos predispuestos esa libertad tiene que significar garantía de control si el contenido –que, incidimos, no es resultado de la autonomía plena de las partes contratantes- no es equilibrado.

<sup>34</sup> MARÍN PÉREZ, P., “La crisis del contrato...”, op. cit., p. 705.

<sup>35</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos...”, op. cit., p. 337.

<sup>36</sup> ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión...”, op. cit., p. 55.

<sup>37</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 173.

No es momento en esta introducción de profundizar en el concepto y la justificación de perseguir el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, y aunque volveremos ampliamente sobre el tema, es obligado hacer referencia a la idea de equilibrio y a la función del Derecho dispositivo como ejemplo de regulación equilibrada, de mejor composición de los intereses de ambas partes, a la que, en ausencia de una plena autonomía de la voluntad, debería tender el contenido del contrato<sup>38</sup>. Al fin y al cabo, la prestación debida por cada una de las partes se encuentra en relación de reciprocidad y cada una de ellas encuentra en la otra su razón de ser (sinalagma genético). Por tanto, hay que presuponer que las partes, en una formación libre del negocio jurídico, a lo que tienden es a una relativa proporcionalidad en el contenido del contrato. Esta parece ser la idea que subyace en el art. 1289 Cc. cuando dispone que, en caso de dudas imposibles de disipar en el contrato y en el supuesto de contratos onerosos, las dudas deben resolverse a favor de la mayor reciprocidad de intereses. Aunque se trata de un precepto en sede de interpretación y no de control de contenido y que, por tanto, presupone para su aplicación la existencia de dudas, el art. 1289, de carácter imperativo, respalda esa idea de equilibrio o reciprocidad. Aunque el resultado de un contrato no tiene por qué ser –y muchas veces no lo es– totalmente ecuánime para las partes, pues entran otros intereses en juego y más todavía cuando nos encontramos en el ámbito de la contratación mercantil (tipo de contrato, compensación de una cláusula perjudicial con otro beneficio, pluralidad de relaciones en el tiempo), esta idea debe ser matizada en el caso de contratos en los que una de las partes, el adherente, no ha tenido el mismo grado de libertad en la conformación del contrato que la otra. En este caso, ante cláusulas abusivas, cuesta pensar que alguien sería tan ingenuo como para obligarse de una forma voluntaria y consciente a algo que le perjudica sobremanera y que éste sería el mismo resultado al que se habría llegado si hubiera existido una plena autodeterminación bilateral. Qué garantía plena de justicia puede haber en un acuerdo alcanzado por el procedimiento especial de las condiciones generales en el que, en palabras de MIQUEL, “*pesa más la premeditación del predisponente que la voluntad necesariamente confiada del adherente*”<sup>39</sup>.

En ocasiones se han vinculado los riesgos del empleo de las condiciones generales de la contratación a la existencia de un predisponente monopolista u oligopolista. Así lo señaló en su momento GARCÍA AMIGO al afirmar que el gran peligro de los abusos radicaba en el hecho de que las condiciones generales fueran impuestas por una empresa que gozara de posición de monopolio o *quasi-monopolio*. Por el contrario, proseguía el autor, la

---

<sup>38</sup> DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos...”, op. cit., pp. 333 y ss.

<sup>39</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 440. PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1308, lo expresa afirmando que se produce una “*hipertrofia de él para uno de los contratantes, el predisponente, con la consiguiente reducción o atrofia para el otro, el adherente*”.

conurrencia obligaba a los empresarios a que procurasen ofrecer sus productos en las condiciones más favorables en la lucha por la conquista del mercado, pues los clientes podían acudir a otros empresarios<sup>40</sup>. Sin embargo, se ha demostrado que da igual si las condiciones generales se utilizan en un mercado monopolista o en un mercado con competencia porque, en realidad, esta competencia no funciona respecto de las condiciones generales, que tienden a presentar un contenido similar en todos los contratos con independencia del predisponente. Y, es más, como veremos, las cláusulas suelen ser menos favorables al adherente en mercados muy competitivos<sup>41</sup>.

El argumento que defiende el poder de la competencia como medio de control de la calidad de las condiciones generales, se basa en que los adherentes discriminan los contratos predispuestos según el contenido de sus cláusulas. Si esto fuera así, los predisponentes ciertamente tendrían que mejorar la calidad de las condiciones generales para poder atraer clientes y, al final, las condiciones de mejor calidad expulsarían del mercado a las de peor. Contrasta con este razonamiento, sin embargo, el modo de proceder real de los adherentes frente a los contratos mediante condiciones generales: los adherentes solo tienen en cuenta para contratar lo que se denominan elementos esenciales, esto es, el precio y la calidad del objeto. No se fijan en el resto de condiciones, en la regulación contractual “contingente”<sup>42</sup>, que puede llegar a ejecutarse o no (por ejemplo, indemnizaciones, plazos de reclamación, cláusulas penales, limitaciones de responsabilidad, sumisión a un tribunal concreto...)<sup>43</sup>. Los adherentes no basan su decisión de contratar en el contenido accesorio del contrato sino tan solo en las prestaciones básicas<sup>44</sup>. Por su parte, los predisponentes, sabedores de esto, no tienen incentivos para mejorar la calidad de sus condiciones generales puesto que la

---

<sup>40</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 169 y ss. Desde una óptica del análisis económico del Derecho también se ha aludido al mecanismo de la libre competencia como vía para expulsar las malas condiciones generales. Así, POSNER, R. A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, explica que si un vendedor ofrece condiciones poco atractivas, un vendedor rival, deseando ganarse las ventas, ofrecerá condiciones más atractivas de tal forma que la competencia al final obliga a los vendedores a incluir en sus contratos condiciones que protejan a los compradores. En similar sentido, SCHWARTZ, A., “Justice and the Law of Contracts: A Case for the Traditional Approach”, *Harvard J. of Law & Public Policy*, vol. 9, 1986, pp. 109 – 110.

<sup>41</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2006, p. 511.

<sup>42</sup> Término empleado por MIQUEL, “*Cláusulas abusivas*”, Ponencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 7 de abril de 2014.

<sup>43</sup> ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión...”, op. cit., p. 61, apunta que en el contrato por adhesión, en general, “no existe la unidad volitiva” pudiendo distinguir “un núcleo o médula, en el que se comprenden las prestaciones cardinales, que resulta efectivamente, conocido y querido” y “una especie de cola o adición, una periferia, de las que el contratante no tiene noción o es en absoluto insuficiente para servir de base a un eficaz consentimiento” (las condiciones generales del contrato).

<sup>44</sup> Esta es la razón por la que, como veremos, respecto a estos elementos esenciales, precio y objeto del contrato, no se extienda el control de contenido sino tan solo una exigencia de transparencia (que sean comprensibles y claros).

repercusión favorable que esto tendría en la decisión del adherente sería prácticamente nula y para ellos supondría un coste. Antes bien, les conviene centrarse en mejorar de cara a los clientes aquellos elementos relevantes en sus tomas de decisión con lo que buscarán rebajar el precio para hacerlo más atractivo. Para compensar el perjuicio que acarrea al empresario esa rebaja de precio, reducirán la calidad de las condiciones generales. Este mecanismo de funcionamiento del mercado es el que explicó y denominó AKERLOF como “*mercado de limones*”<sup>45</sup>.

¿Por qué ocurre esto? La explicación se encuentra, de nuevo, en la configuración del procedimiento de contratación mediante condiciones generales. El adherente no tiene en cuenta el clausulado predispuesto porque ni siquiera lo lee. Estamos hablando de textos típicamente farragosos, con terminología técnica, de difícil comprensión y, además, respecto de cuestiones que, como se ha señalado, son contingentes en el sentido de que pueden o no ocurrir (la cláusula penal solo desplegará su eficacia si hay un previo incumplimiento, la sumisión expresa a un determinado órgano jurisdiccional solo tendrá sentido si se llega a una reclamación judicial, las limitaciones de responsabilidad solo serán relevantes si existe un defecto en el objeto, etc.). Este hecho marca una gran diferencia entre los elementos esenciales del contrato -que son el objetivo central del adherente para contratar- y el resto del clausulado. Además, en muchas ocasiones, el adherente carecerá de una formación intelectual o jurídica que le permita aprehender las implicaciones de las condiciones generales, a lo que se suma la impresión que en el adherente genera este procedimiento de contratación: como describe PAGADOR, la utilización de textos predispuestos da, por una parte, una sensación de carácter definitivo del contrato y de igualdad de trato que se llega a confundir con Justicia; por otra, genera el efecto de pensar

---

<sup>45</sup> AKERLOF, G. A., “The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism”, en GOLDBERG, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 24 y ss. (en especial, 24 – 25). El autor explica el modelo con el mercado de automóviles, nuevos y usados, buenos y malos (que son los conocidos en Estados Unidos como “limones”). Volviendo a la nota al pie de página núm. 40, la razón por la que POSNER (*El análisis económico...*, op. cit., pp. 113- 114) afirma que la competencia obliga a mejorar las condiciones de los contratos, es porque lo hace partiendo del supuesto de que los consumidores sí que tienen incentivos para leer el contrato e informarse. Del mismo modo, cuando SCHWARTZ (“Justice and the Law...”, op. cit., pp. 109 y ss.) erige los mercados competitivos como medio preventivo de los abusos de las grandes empresas hacia los pequeños consumidores, a través del ejemplo de las cláusulas de reducción o exoneración de garantía, lo hace con el presupuesto de que el consumidor tiene en cuenta para contratar el “coste” para él de esa cláusula y el precio del seguro alternativo que cubre la garantía. Es más, el autor señala la información imperfecta como una de las dos situaciones que harían que el mercado competitivo no funcionara.

que es inútil intentar una negociación del contenido del contrato y que será imposible encontrar condiciones de mayor calidad, es decir, que no existe una alternativa razonable<sup>46</sup>.

Es por ello que, como afirmaba ALFARO<sup>47</sup>, hay que concluir que el comportamiento eficiente para el adherente es, precisamente, el de no leer las condiciones generales del contrato, puesto que el coste de invertir en su lectura y análisis –por sí mismo o buscando un asesoramiento externo- supera por mucho a las ventajas que se podrían obtener con ello. Sobre todo, como decíamos, por la composición de lugar que se hará el adherente, sin mucha esperanza de encontrar mejores condiciones si acude a otro predisponente dada la falta de competencia real que existe en el mercado de condiciones generales<sup>48</sup>. Es el comportamiento racional y eficiente y, por tanto, no distinto del que debe ser exigido. Algo así está reconociendo implícitamente el legislador cuando, a un control de inclusión que pretende garantizar la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales, suma el de contenido. En este sentido, apunta CARRASCO que *“la finalidad de la regulación protectora no es crear incentivos al adherente para que lea las condiciones, sino asegurarle en lo posible que no leerlas (que se reputa la conducta racional en tales casos) no le va a deparar una regulación contractual desequilibrada”*<sup>49</sup>.

En definitiva, se puede afirmar que no existe demanda de buenas condiciones generales en el mercado, con lo que no habrá oferta de las mismas y no podrá ser la competencia la que vigile o contraste la calidad de los clausulados predispuestos del mismo modo que lo hace respecto de los elementos esenciales. Según esto, aquellos planteamientos que basen su negativa a la necesidad de control de los contratos predispuestos en la existencia de un

---

<sup>46</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 103 y ss. (en especial, 112 y ss.), desgrana las causas por las que la competencia no controla por sí misma la calidad de las condiciones generales que se aplican en el mercado, distinguiendo, *grosso modo*, entre causas objetivas y causas subjetivas. Dentro de las primeras, sitúa la ineficacia de los mecanismos de información del mercado así como la imposibilidad de equiparar el contenido ordinario de las condiciones generales a las estipulaciones respecto del precio y la calidad. En cuanto a las causas subjetivas, el autor señala la insuficiente e inadecuada formación cultural e intelectual del adherente medio y, en la misma línea, la falta de formación jurídica y empresarial, que conlleva un gran esfuerzo intentar superar.

<sup>47</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 70 y ss.

<sup>48</sup> Desde un punto de vista del análisis económico, KATZ, A., “Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts”, *The Rand Journal of Economics*, vol. 21, núm. 4, Winter 1990, pp. 518 y ss., en especial, p. 536, llega a la conclusión de que en los contratos predispuestos la regla tradicional que impone al adherente el “deber” de leer y entender todos los términos es Pareto inferior –es decir, *grosso modo*, ineficiente- a la regla que aboga por proporcionar cláusulas razonables cuando las partes no negocian expresamente.

<sup>49</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 773. Partiendo de esto, llama poderosamente la atención la última reforma del TRLGDCU (Ley 3/2014, de 28 de marzo) que afecta al art. 80.1.b del texto legal y según la cual se exige, para que se tenga por cumplido el requisito de accesibilidad y legibilidad de las cláusulas no negociadas individualmente, que el tamaño de la letra sea igual o superior al milímetro y medio y que haya el suficiente contraste con el fondo de tal forma que no se dificulte la lectura.

mercado competitivo, no son correctos<sup>50</sup>. Esta ineficacia del mercado para vigilar no viene explicada por la existencia de un predisponente monopolista sino por el otro fallo posible del mercado<sup>51</sup>: la información imperfecta. Una suerte de información imperfecta que, en el caso de los contratos mediante condiciones generales es costosa de paliar hasta el punto de que no es eficiente hacerlo<sup>52</sup> y que, por ello, conlleva que los predponentes no tengan incentivos para mejorar sus condiciones pues no van a obtener más clientes con ello.

Una postura contraria defiende GONDRA, para quien las condiciones generales sí son un factor relevante en la competencia puesto que hay pactos incluidos en las mismas que juegan un papel importante en la decisión del adherente de contratar (por ejemplo, garantías por vicios ocultos u obligaciones de mantenimiento). Además, puntualiza, este proceso irreflexivo de adquisición y consumo podría extenderse a todos los contratos dada la celeridad de la vida moderna o la complejidad técnica de los productos y servicios en la actualidad, sin que parezca que sea algo exclusivo de la contratación en masa<sup>53</sup>. Estamos de acuerdo con PAGADOR cuando matiza la reflexión del autor en el sentido de que, si bien puede haber condiciones generales que sean un factor relevante para la competencia, no pueden ser éstas equiparadas a los elementos esenciales en cuanto a la posibilidad de ser controladas por la libre concurrencia<sup>54</sup>.

Siguiendo en este punto a GONDRA, GINER PARREÑO no cree que haya un mercado específico de clausulados de condiciones generales distinto y separado del de los elementos esenciales del contrato puesto que todo ello integra un contrato único y no tienen razón de ser las primeras sin los segundos. No es correcto afirmar, por tanto, que el adherente no otorga su consentimiento a la globalidad de la prestación ofrecida por las compañías y, en consecuencia, concluye que las condiciones generales representan un factor más de

---

<sup>50</sup> Habla PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 129, de la incorrección del modelo de mercado de control de condiciones generales de la contratación. El autor se manifiesta en análogo sentido en PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1308. Señalando también la insuficiencia del Derecho de la competencia, referido en este caso a la protección de los consumidores, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1994, pp. 316 – 317.

<sup>51</sup> EPSTEIN, R. A., “The Neoclassical Economics of Consumer”, *Minnesota Law Review*, núm. 92, 2007, pp. 804 – 805, señala dos circunstancias en las que la teoría neoclásica reconoce que tiene sentido alguna intervención del gobierno en el mercado: el monopolio y la información imperfecta.

<sup>52</sup> Una cosa es el control de incorporación –posibilidad de acceso y comprensión del contenido– y otra es garantizar al adherente una completa información acerca del contenido de tal manera que llegara a influir en su comportamiento. Cuestionan la eficiencia –en términos de costes invertidos/obtención de resultados– de un aumento de este tipo de información, bien a costa del adherente, bien imponiendo deberes legales al predisponente, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 70, 71 y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 119.

<sup>53</sup> GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I...*, op. cit., pp. 202 – 203.

<sup>54</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 122.



competencia empresarial<sup>55</sup>. No podemos compartir este argumento. Es evidente que las condiciones generales no tienen sentido sin los elementos esenciales del contrato. Ahora bien, esto no quiere decir que, aun conformando un único negocio jurídico, no sean diferentes y no muestren los sujetos contratantes un comportamiento dispar hacia ellos, bien a la hora de determinar el contenido del contrato, el predisponente, bien a la hora de tomar la decisión de contratar, el adherente. El propio Código civil, de hecho, distingue entre los elementos esenciales –“*el objeto principal del contrato*”, según el art. 1289 Cc, por ejemplo- y los elementos accesorios –o “*circunstancias accidentales del contrato*”-, sin que reciban en ocasiones el mismo tratamiento<sup>56</sup>. La diferente conducta del adherente hacia las condiciones generales explicada en líneas anteriores es la que justifica el desigual trato. Y también por lo expuesto con anterioridad, no estamos de acuerdo en la negativa del autor a presumir la ausencia de libertad contractual en el mercado del conjunto de la prestación ofrecida por un empresario-predisponente. Sí que hay presunción de una autodeterminación no plena del adherente, a la vista del especial procedimiento que conlleva la contratación mediante condiciones generales<sup>57</sup>.

Dado que no existe competencia real en materia de condiciones generales y tampoco incentivos para que los predisponentes no incluyan cláusulas abusivas en sus contratos predispuestos, el mercado no puede controlar que no se cometan abusos a través de la contratación mediante condiciones generales. Teniendo en cuenta que la existencia de estas cláusulas abusivas en el tráfico jurídico no es deseable en absoluto, el Derecho tendrá que resolver este problema interviniendo a través de un control que garantice la justicia de aquellos contenidos contractuales que no son producto de la autonomía contractual sino de la heteronomía del predisponente. No son deseables las cláusulas abusivas ni desde el punto de vista económico<sup>58</sup>, ni desde el punto de vista de la Justicia.

---

<sup>55</sup> GINER PARREÑO, C. A., “Condiciones generales de la contratación. Autonomía privada y competencia”, *Estudios sobre consumo*, núm. 32, 1995, pp. 23 – 24.

<sup>56</sup> Recordamos que un argumento similar es el utilizado por PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 650 y ss., para justificar el carácter vinculante de las condiciones generales de la contratación (ver nota al pie núm. 21).

<sup>57</sup> Tampoco compartimos, por lo tanto, la idea de que las anomalías que se produzcan en el funcionamiento del mercado pueden ser solventadas por la tutela proporcionada por las normas de Derecho antitrust (referido esta afirmación a las relaciones entre profesionales), GINER PARREÑO, C. A., “Condiciones generales...”, op. cit., p. 24.

<sup>58</sup> La ignorancia de un sujeto racional genera la posibilidad de que las cláusulas en contratos predispuestos sean ineficientes, siendo posible que la intervención judicial o legal mejore la solución, GOLDBERG, V. P., *Standard forms and warranties*, GOLDBERG, V. P., “Institutional change an the quasi-invisible hand”, en GOLDBERG, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 167; “Institutional change an the quasi-invisible hand”, en GOLDBERG, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989. Es cierto también que el autor reconoce en un momento posterior una evolución de su pensamiento en cuanto a la oportunidad de la intervención judicial o legal, motivada por la poca confianza en que ambas puedan hacer bien su trabajo (“Standard forms...”, op. cit., p. 167).

En cuanto al primero, es ampliamente conocido en el ámbito del Análisis Económico del Derecho el Teorema de Coase, que nos parece interesante poner en relación con los contratos mediante condiciones generales<sup>59</sup>. El autor parte de la idea de que celebrar un contrato conlleva unos costes que denomina “costes de transacción”. Estos costes serían los asociados a descubrir con quién se quiere negociar, conducir las negociaciones, elaborar los contratos o realizar las inspecciones para asegurarse de que se cumplen los términos de los mismos<sup>60</sup>. Teniendo en cuenta esto, solo se realizarán transacciones cuando el valor que se alcance con ellas sea superior a los costes implicados en realizarlas<sup>61</sup>. Una solución alternativa sería la regulación legal. La idea de COASE es que el resultado de las transacciones mercantiles que maximiza el valor de la producción es independiente de la decisión legal siempre que los costes de transacción sean nulos. Nos parece interesante detenernos en las dos formulaciones que hace BULLARD<sup>62</sup> del Teorema de Coase. Por una parte: “*Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente*”. Por otra: “*Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente*”. El primer caso representaría una situación en la que las partes contractuales pueden sentarse y negociar fácilmente el contrato llegando, así, a la solución más eficiente para ambas, lo que podría venir a representar una idea cercana a nuestra noción tradicional de contrato. El mejor remedio que asocia el Teorema a este escenario es dejar que el mercado actúe sin intervención legal, respuesta que asimismo es la proporcionada por nuestra regulación (solo con los límites del Derecho imperativo). Si, por el contrario, los costes de transacción son muy elevados puede ser posible que la transacción no se realice o no de la manera eficiente. En estos casos, podría tener sentido que una norma simulara la solución a la que habrían llegado las partes en el caso de que no existieran costes de transacción<sup>63</sup>.

Pues bien, es sabido que el problema que da lugar al origen de las condiciones generales es la necesidad de realizar una contratación en masa dada la inviabilidad de que los empresarios se pudieran reunir con cada uno de sus clientes para negociar el contenido del contrato, explicar los riesgos, tener en cuenta los intereses de ambas partes y llegar a un acuerdo, todo ello en situación de igualdad. De hecho, los contratos mediante condiciones generales no son sino

---

<sup>59</sup> COASE, R. H., “The problem of social cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. III, octubre 1960, pp. 1 – 44. En español, COASE, R. H., *La empresa, el Mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, 224, pp. 121 – 164; 165 - 186.

<sup>60</sup> COASE, R. H., “The problem...”, op. cit., p. 15; “La empresa...”, op. cit., pp. 134 – 135

<sup>61</sup> “*Con costes de transacción nulos*”, señala COASE, “*los productores elaborarán el conjunto necesario de reglas contractuales que maximizarán el valor de la producción. [...] Sin embargo, una vez que los costes de transacción son tomados en cuenta, muchas de estas medidas no serán emprendidas porque efectuar los arreglos contractuales necesarios para emprenderlas costará más que la ganancia a obtener*” (COASE, R. H., “La empresa...”, op. cit., pp. 178 – 179).

<sup>62</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, op. cit., pp. 108 y ss.

<sup>63</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, op. cit., p. 109.

una forma de reducir los costes de transacción pues reducen la necesidad de negociación entre las partes<sup>64</sup>. Esto ya lo vimos como una explicación de la proliferación de los contratos predispuestos y una de sus ventajas. Sin embargo, aunque las condiciones generales disminuyan los costes de transacción, cuestionamos que en este caso la solución adecuada sea la mera actuación del mercado y no intervención legislativa. Y ello porque la reducción de costes de transacción se produce a cargo de una de las partes y a expensas, probablemente, de la otra. Por un lado, porque al determinar el contenido del clausulado, el predisponente no contribuye a una fórmula neutral de reducción de costes sino que posiblemente aprovecha para trasladar esos costes al adherente en forma de cláusulas perjudiciales. Cláusulas que en la contratación mediante condiciones generales, como sabemos, no son controladas por el mercado. Por otro, porque también puede verse la reducción de costes generales de contratar como un trasvase en forma de costes de información para el adherente que, por elevados, hacen ineficiente la inversión de tiempo y esfuerzo en leer los clausulados<sup>65</sup>. Por lo tanto, en la contratación mediante condiciones generales los costes de transacción para el predisponente son mínimos pero no así para el adherente, que se enfrenta a unos costes tan elevados que, aplicando el teorema de COASE, pueden dar lugar a una transacción no eficiente. Esto justifica la necesidad de una intervención del legislador que proporcione la situación a la que habrían llegado las partes de haber podido negociar y ordenar sus intereses de forma eficiente. Y, a su vez, si estamos diciendo que el resultado económicamente eficiente es aquel que alcanzarían las partes negociando libremente, está claro que en ese resultado no tienen cabida las cláusulas abusivas pues en una transacción así, ninguna parte aceptaría una cláusula que le perjudicara desproporcionadamente, *sin compensación o justificación alguna para ello*. Las cláusulas abusivas no pueden formar parte de una ordenación económicamente eficiente de los intereses de las partes<sup>66</sup>.

Las cláusulas abusivas no son deseables desde el punto de vista económico ni, decíamos, desde el punto de vista de la Justicia. Y es que, como señaló DE CASTRO, los poderes públicos no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento del contrato

---

<sup>64</sup> En este sentido, *ibidem*..., op. cit., p. 117.

<sup>65</sup> Haciendo esta asociación entre costes de transacción y costes de información, PAZ-ARES, C., “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2883, nota al pie núm. 78. Opina el autor que la única razón que puede justificar el control de las condiciones generales es la existencia de estos altos costes de transacción que impiden un funcionamiento correcto del mercado y hacen que lo más eficiente y racional sea no leer los formularios, confiando en la existencia de un clausulado equilibrado similar al que habrían establecido dos contratantes medios y que viene a estar representado por el Derecho dispositivo.

<sup>66</sup> En este razonamiento recalamos la importancia del matiz “sin compensación o justificación alguna”. Un contratante, negociando en condiciones de igualdad, puede libremente aceptar una cláusula que le sea perjudicial y no por ello ser abusiva ni ineficiente. Sin embargo, partiendo de la idea de que nadie contrata para perder, hay que entender que esa desventaja tiene una justificación o compensación (por ejemplo, con otra cláusula en el contrato o por la obtención de otra ventaja en el marco de una relación contractual prolongada).

cualquiera que sea su contenido porque el contrato no es solo cosa de los contratantes<sup>67</sup>. La relación entre Derecho y Justicia es connatural a ambas instituciones siendo el primero una forma de realización de la segunda, a la que está subordinado<sup>68</sup>. El contrato, en particular, representa en esencia esa idea de alteridad entre Derecho y Justicia<sup>69</sup>, sin que pueda por tanto renunciar ningún ordenamiento jurídico a la justicia contractual<sup>70</sup>. Justicia contractual que tiene un valor especial en materia de condiciones generales de la contratación en tanto en cuanto una parte está utilizando su poder para desequilibrar los derechos y obligaciones de la contraparte en beneficio suyo, situación a la que habría que poner coto<sup>71</sup> aunque haya que limitar la libertad contractual<sup>72</sup> (libertad que, por otra parte, como sabemos, más que verse limitada, se está realmente garantizando desde un punto de vista material y no solo formal<sup>73</sup>). En este sentido, como se ha señalado en el ámbito europeo, frente a los sistemas legales nacionales del siglo XIX que acogían invariablemente las ideas del *laissez faire*, en la actualidad “*la libertad contractual o la autonomía privada no representan más una posición suprema en los sistemas nacionales de Derecho privado*” sino que “*la moderna preocupación por encontrar el equilibrio entre la autonomía privada y la Justicia es la que caracteriza ahora el centro de las discusiones acerca de los principios adecuados de Derecho de contratos*”<sup>74</sup>.

Es de observar que todo lo que hasta aquí hemos dicho ha sido en referencia a los adherentes en general, sin discriminar su cualidad de consumidor o profesional. Y ello porque la argumentación no lo requería pues lo que caracteriza a la contratación mediante condiciones generales es el procedimiento peculiar por el que se concluyen estos contratos y los riesgos que conlleva para la parte débil de la relación, que puede ser también un empresario. Es más, un sector de la doctrina ha criticado que el Derecho de condiciones

---

<sup>67</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre – diciembre, 1982, p. 989.

<sup>68</sup> MARÍN PÉREZ, P., “La crisis del contrato...”, op. cit., p. 692. Y además da entrada la Justicia a un tercer elemento porque “*como constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, ya lleva ínsita una noción de igualdad*” (p. 694). Entiende DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales...”, op. cit., p. 320, que es tarea obligada encontrar la manera de interpretar el Derecho vigente de modo que concuerde con el sentimiento general de Justicia, como ha hecho la jurisprudencia rechazando algunas de las cláusulas más escandalosas o la doctrina cuando abogan por una legislación adecuada que limite los excesos.

<sup>69</sup> MARÍN PÉREZ, P., “La crisis del contrato...”, op. cit., p. 671.

<sup>70</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 437.

<sup>71</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Las cláusulas individuales...”, op. cit., p. 257.

<sup>72</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición del contenido...”, op. cit., p. 687.

<sup>73</sup> De hecho, para SCHWARTZ (“Justice and the Law...”, op. cit., pp. 107 – 108), por Justicia se entienden dos cosas: por un lado, el resultado que surge cuando se permite a cada uno hacer lo mejor que puede, decidir lo mejor para él, dadas sus circunstancias, permitiendo que lo haga libre de ataduras; pero, por otro, Justicia también es la justicia distributiva, de tal modo que el Estado tiene la obligación de asegurar que las circunstancias en las que la gente trata de hacer lo mejor que puede no son terriblemente abusivas para ellos.

<sup>74</sup> STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *European Law Journal*, vol. 10, núm. 6, noviembre 2004, p. 10.

generales parezca confundirse e identificarse con el Derecho de consumo en lo que a la figura de las cláusulas abusivas se refiere, cuando deberían mantener su identidad propia y construirse a partir del Derecho de las condiciones generales y no limitándose a los consumidores<sup>75</sup>. Evidentemente, no estamos hablando de que las necesidades de protección sean las mismas para un consumidor o para un empresario adherente, pues son muchas las cuestiones que hay que tener en cuenta. No podemos olvidar que, mientras que el consumidor lleva a cabo un acto para su uso personal, el empresario adherente está contratando por razón de su negocio, con ánimo de lucro y con una repercusión –más o menos directa- sobre su actividad empresarial<sup>76</sup>.

En rigor, la autorresponsabilidad que se le debe exigir a este perfil de adherente en cuanto a diligencia es mayor, obviamente, que la que le puede ser requerida a un consumidor, especialmente *cuando contrata en el ámbito de su negocio*. Por otra parte, es común en el ámbito de la contratación mercantil que las relaciones sean duraderas en el tiempo, con una pluralidad de contratos que permiten configurar los derechos y obligaciones de las partes una manera más flexible. Es necesario tener en cuenta, por tanto, las peculiaridades y necesidades del tráfico mercantil así como el contrato concreto y el ámbito –vinculado o no

---

<sup>75</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 236 – 237, describe la evolución de las cláusulas abusivas que han pasado de ser un tema propiamente de las condiciones generales a acercarse al campo del Derecho de consumidores a medida que se ha ido reforzando su protección. El problema, a juicio del referido autor, es que deberían crearse unos criterios básicos para determinar el carácter abusivo de una cláusula y ello es más fácil en los sistemas en los que hay normas y cláusulas generales para toda la contratación con condiciones generales y no restringidas casi exclusivamente a las relaciones de consumo (también ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código civil: una tendencia muy europea”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 212 – 213). En similar sentido, vide BATLLE SALES, G., “Las convenciones ilícitas en los negocios mercantiles. Reflexiones en torno al artículo 53 del Código de comercio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio – septiembre, 1992, pp. 467; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Libro II, Título II, Comentario a los artículos 80 a 89...” op. cit., pp. 885 – 886. En general, abogando por una generalización de los criterios aplicados en la contratación con consumidores al conjunto del Derecho privado, VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El ámbito de regulación del futuro “derecho contractual europeo”. De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 414 – 415. Proponiendo una cierta generalización de las normas de la Directiva 1999/44, sobre venta y garantías de los bienes de consumo, a través de una reforma del Código civil, MORALES MORENO, A. M., “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa”, en ÁREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El Dret civil català en el context europeu*, Documenta Universitaria, Girona, 2003, pp. 125 y ss., en especial, p. 146.

<sup>76</sup> Nos referimos a una repercusión “más o menos directa” porque, en algunos casos, el empresario adherente está realizando un contrato que, aunque incorporado a su actividad empresarial, no está directamente vinculado con el objeto principal de ésta -ejemplos típicos son el contrato del suministro de la luz, teléfono, mensajería- con lo que el conocimiento que se le puede presuponer del sector en el que se inscribe el contrato no es el mismo que cuando está contratando en el suyo. En todo caso, a nuestro juicio, debe seguir siendo considerado como profesional a los efectos del régimen a aplicar al contrato mediante condiciones generales.

al objeto propio de su actividad empresarial- en que se inserta<sup>77</sup>, para valorar el grado de protección adecuado en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

Pero sí necesitan algún tipo de protección especial y diferente a las reglas de contratación general, pues el problema que se pretende solucionar –déficit de la autonomía de la voluntad- es específico y no compartido con los contratos negociados, para los que fueron diseñadas esas normas prohibitivas e imperativas generales<sup>78</sup>. La existencia de un procedimiento que garantiza una libertad contractual formal pero no material es común a todos los contratos mediante condiciones generales<sup>79</sup>. El hecho de que sea una de las partes la que predetermine el contenido del clausulado sin que la otra tenga prácticamente poder de negociación –si es que tiene alguno- afecta también, por consiguiente, a los contratos mercantiles. Siendo éste el fundamento del control de los excesos que pueden derivarse de un déficit de la autonomía contractual, no parece que exista razón para que se limite exclusivamente a los contratos con consumidores. Es más, el ámbito en el que más

---

<sup>77</sup> Vid. Nota a pie núm. 76.

<sup>78</sup> A favor de la regulación de un control de contenido que incluyera los contratos entre empresarios, entre otros, BATLLE SALES, G., “Las convenciones ilícitas...”, op. cit., p. 466; VATTIER FUENZALIDA, C., “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630, septiembre – octubre, 1995, p. 1533; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 174 y ss.; “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, pp. 57; MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 434 y ss.; “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española de 1998”, *Revista Española de Seguros*, núm. 117, enero – marzo, 2004, pp. 4 y ss.; VICENT CHULIÀ, F., “Condiciones generales de la contratación...”, op. cit., pp. 66 y ss.; en *Revista de Derecho Patrimonial...*, op. cit., p. 51; POLO, E., “Apuntes críticos a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *Estudios sobre consumo (EC)*, 54, 2000; PASTOR VITA, F. J., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley*, núm. 6367, 2005 – 5, pp. 1217 y ss.; CARRASCO PERERA, A., “Invalidez e ineficacia en los contratos con los consumidores”, *Coloquio sobre Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, noviembre 2006, p. 198; PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1309; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 252 y ss.; EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (et al.), “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, IV, octubre – diciembre 2009, p. 119; RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 358, 412 y ss.; HESSELINK, M. W., “Unfair terms in contracts between businesses”, en SHCULZE, R.; STUYCK, J. (ed.), *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 131 – 147.

Desde un punto de vista económico y al hilo del análisis del “deber” de leer del adherente en los contratos mediante condiciones generales, KATZ, A., “Your terms or mine?...”, op.cit., pp. 520, 521 (nota al pie, núm. 4), equipara la posición del adherente consumidor a la del profesional frente al clausulado predispuesto. Pueden darse situaciones en el caso de adherentes profesionales en las que tampoco sea eficiente gastar tiempo y esfuerzo en leer los formularios.

<sup>79</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 434 – 435. También refiriéndose a las dos dimensiones de la libertad contractual, LEUSCHNER, L., “AGB-Kontrolle im unternehmersichen Verkehr – Zu den Grundlagen einer Reformdebatte-“, *Juristenzeitung*, 18, September 2010, p. 880, señalando que la libertad formal significa la capacidad de los sujetos privados para emitir declaraciones de voluntad concordantes a las que se les reconozca validez y se les asocie una consecuencia jurídica, mientras que la libertad material describe la libertad real de decidir, debiéndose garantizar que el individuo solo se obligue ante declaraciones que son expresión de su propia determinación y no de una determinación ajena.

presencia hay de cláusulas abusivas es, precisamente, la contratación entre profesionales y veremos ejemplos de ello a lo largo del trabajo<sup>80</sup>.

Por otro lado, como ha hecho notar MIQUEL, la adhesión a un contrato predispuesto implica confianza por parte del adherente, confianza que debe ser protegida en tanto en cuanto simplifica la complejidad de la negociación<sup>81</sup>. En el ámbito del consumo esta protección se ve reforzada por el principio de tutela al consumidor refrendado en la propia Constitución Española<sup>82</sup>. Señala el autor que lo que se está protegiendo, en el fondo, es el consumo como función económica:

*“La persona del consumidor importa, para justificar ese control, no tanto o no solo por su típica inexperiencia, sino porque la sociedad de consumo no tolera dilaciones y mucho menos los costes de transacción y el enfriamiento del consumo que se producirían si se fomentara el estudio de las condiciones generales por parte del consumidor y la posible consecuencia de que se apartara del contrato. El fomento del consumo y también, aunque indirectamente, de la competencia son los objetivos de la protección del consumidor, por eso el Ordenamiento jurídico debe despejar la disyuntiva, ante la que se encuentra el consumidor, a favor de que contrate sin temor y, aún más, sin retraerse ante cláusulas abusivas, porque no le vincularán. La confianza debe ser protegida, porque reduce la complejidad de la decisión y solamente esa alternativa es válida para la sociedad de consumo. Esa es la función de las reglas de control de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas. Reducir la complejidad de la toma de decisión del*

---

<sup>80</sup> Ante esta composición de lugar, resulta acertada la crítica que plantea ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 256 - 257, respecto de los argumentos tradicionales para negar la necesidad de protección de los empresarios adherentes, tales como la autorresponsabilidad del profesional, el poder de decisión autónomo para aceptar las cláusulas o la posibilidad de recurrir a asesoramiento o de utilizar sus propias cláusulas frente a la otra parte: las partes en las relaciones empresariales no están siempre en posición de igualdad y ocurre con frecuencia que la empresa que requiere la colaboración de otras empresas y domina el sector prefiera, al igual que hace con los consumidores, utilizar sus formularios, dejando poco o ningún margen de negociación a la contraparte, aunque sea empresario también.

<sup>81</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 439 – 440. También señalando la confianza como un elemento clave en determinados escenarios de contratación en los que no hay una información suficiente, AKERLOF, G. A., “The market for “lemons”...”, op. cit., p. 28.

<sup>82</sup> Art. 51: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

*consumidor, ahorrándole el estudio de las mismas y la búsqueda de alternativas posiblemente inexistentes”*<sup>83</sup>.

Pues bien, también los empresarios son agentes económicos que participan en el tráfico y, como tales y a modo de garantía del propio sistema económico, deben ser también objeto de protección, aunque con diverso grado de intensidad respecto de los consumidores (no solo porque la Constitución no contiene un mandato similar al referido a los consumidores sino porque su posición en el mercado es distinta). Aun así, el art. 38 de la Norma fundamental reconoce explícitamente la “*libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”, imponiendo a los poderes públicos la obligación de garantizar y proteger su ejercicio. Para un efectivo ejercicio de esta libertad es necesario garantizar, entre otras, la libertad de las empresas para actuar en el mercado y la libertad de contratación<sup>84</sup>. Y, en íntima conexión con otro mandato del legislador constitucional -la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10)-<sup>85</sup>, la libertad de contratar no solo se compone de la libertad de decidir si contratar o no, sino también de la libertad de determinar el contenido del negocio jurídico. Ahora bien, asegurar estas condiciones no significa siempre la no injerencia sobre la actividad privada ya que a veces la forma de garantizar la libertad

---

<sup>83</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 82”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 718. También en: Algunos aspectos del control de contenido..., op. cit., pp. 10 y ss.

Con un argumento más vinculado a la ética, HESSELINK, M. W., “Unfair terms in contracts”..., op. cit., pp. 142 – 143, expone como una posible razón, entre otras, para el control judicial de los contratos entre empresarios “*the ethos of the market*”: si una sociedad es mejor cuando la gente que realiza transacciones de mercado no es engañada o confundida, entonces, con independencia de cuestiones de distribución, eficiencia o paternalismo (otros argumentos que también aporta el autor), esto posiblemente proporciona una distinta reacción ante el control de las cláusulas abusivas. “*Good faith and fair dealing among citizens is an aim in itself*” (p. 142), sin que esto pueda limitarse solo a los contratos con consumidores sino que, por el contrario, debe extenderse a todos los actores que participan del mercado.

<sup>84</sup> Sobre los derechos incluidos dentro de la libertad de empresa, PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. (dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 378. Asimismo, GOIG MARTÍNEZ, J. M., “Comentario al art. 38”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1998, pp. 737 y ss.

<sup>85</sup> “*El reconocimiento de un poder de autonomía privada o de creación normativa privada está anclado en la Constitución en el artículo 10 y en el reconocimiento de la dignidad de la persona, porque solo se reconoce la dignidad de la persona si se la permite autorregular sus marcos de intereses*”, DÍEZ-PICAZO, L., “A vueltas con la autonomía...”, op. cit., p. 11. En el mismo sentido, SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 4 (“*el Derecho de contratación, como el Derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del particular, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales*”) y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 67 (“*Son varias las razones que justifican la existencia y defensa de la autonomía personal en el Derecho de contratos. Es un mandato constitucional (arts. 10, 38 CE), porque los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer en la mayor medida posible de un instrumento (el contrato) para componer y coordinar sus respectivos intereses en la forma que más les convenga*”). También PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa...”, op. cit., pp. 359 y ss.; “*Ensayo sobre la libertad de empresa...*”, op. cit., pp. 5973 y ss.



en un ámbito, es, precisamente, estableciendo límites en el mismo. Éste es el caso, por ejemplo, de la legislación sobre defensa de la competencia o la legislación de consumo respecto de la libertad de empresa<sup>86</sup>. Y en la misma línea se enmarcarían las restricciones en la contratación mediante condiciones generales que, lejos de ser un obstáculo a la libertad de contratación –que, en última instancia, repetimos, redundaría en la libertad de empresa, garantizada constitucionalmente-, supondrían una garantía y refuerzo de la misma. Si es esencial que el contenido de un contrato sea resultado de la autodeterminación bilateral de las partes, habrá que asegurar que se den todas las condiciones para que efectivamente así sea. Sin embargo, tal y como hemos visto, la propia configuración del proceso de contratación mediante condiciones generales impide que el adherente participe de la determinación de un clausulado que le va a vincular jurídicamente. De ahí que, ante la imposibilidad de garantizar la libertad en el propio proceso de contratación, haya que *garantizar que el resultado sea similar al que se hubiera alcanzado de haber habido esa autodeterminación*, resultado que viene representado por una cierta regulación equilibrada de las obligaciones y derechos de los contratantes. En este sentido, ya habíamos dejado apuntada la idea de Derecho dispositivo como ejemplo de equilibrio y reciprocidad y su vinculación con el propio sinalagma del contrato. De hecho, este planteamiento de regulación equilibrada o proporcionada como modelo que debe ser garantizado en condiciones generales de la contratación en los casos susceptibles de ser controlados/protegidos, estará presente a lo largo de todo el trabajo y, especialmente, en la última parte, al hilo del control de contenido a través de la buena fe.

Por todo lo hasta aquí dicho, concluyendo, bien configurado el control de contenido en la contratación mediante condiciones generales, en ningún caso representa un ataque hacia la autonomía privada sino que, por el contrario, se trata de una garantía de la misma dado el déficit que caracteriza a este procedimiento contractual.

En contraposición con este planteamiento, como tendremos ocasión de analizar, el ordenamiento jurídico español no contempla un control general de contenido en contratos predispuestos para todo adherente sino que lo relega a los contratos con consumidores (Capítulo I, Parte segunda). Ante esta ausencia, solo resultarían de aplicación para controlar los posibles abusos de los predisponentes frente a adherentes empresarios, los límites que representa para cualquier contrato el Derecho imperativo, solución insatisfactoria a nuestro

---

<sup>86</sup> Vide GOIG MARTÍNEZ, J. M., “Comentario al art. 38...”, op. cit., pp. 740 – 744; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Ensayo sobre la libertad de empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., et al (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 6020 y ss.

juicio (Capítulos II y III). Es por eso –por la ausencia de un control específico junto a la insuficiencia de los límites generales- que nos planteamos, en última instancia, el recurso a la figura de la buena fe objetiva contenida en el art. 1258 Cc, como una cláusula general con la que hacer frente a los excesos que pudiera cometer el predisponente frente a un adherente no consumidor (Capítulo IV).

Esto no quiere decir, no obstante, que todo adherente empresario sea para nosotros un sujeto susceptible de ser protegido frente a un contenido contractual desproporcionado en su perjuicio. Si antes decíamos que está claro que la posición del empresario es distinta que la de consumidor, puesto que el primero está contratando con un ánimo de lucro, con una finalidad integrada en su negocio y no para satisfacer sus necesidades personales o familiares, también se pueden establecer diferencias entre las situaciones de los distintos empresarios adherentes en función de su necesidad de protección frente al predisponente. No se puede tratar igual a un pequeño empresario con escaso poder de negociación que a otro que, a pesar de ser adherente, puede estar ostentando una posición similar a la del predisponente. Del mismo modo, hay que diferenciar entre aquel empresario que contrata dentro de su sector y aquel otro al que le es ajeno el ámbito en el que está contratando, puesto que la diligencia que se le puede exigir, por carecer de experiencia, es menor.

Los dos criterios que vamos a tener en cuenta para delimitar el grado de protección que merece un empresario adherente son, precisamente:

- *Posición relativa del predisponente-adherente.* Posición con dos orientaciones que están relacionadas entre sí. Por una parte, posición del adherente, que puede ser intrínsecamente débil en función de su tamaño, experiencia y posibilidad de recibir asesoramiento. Por otra parte, posición del predisponente, según la estructura del mercado. En este último sentido, es cierto que hemos desechado en líneas anteriores el planteamiento de que el monopolio del predisponente fuera la única situación en la que el adherente era susceptible de ser protegido porque la competencia no garantiza la expulsión de las cláusulas abusivas. Además, al hilo del análisis de la normativa de defensa de la competencia y competencia desleal, concluiremos que no es un mecanismo protector suficiente<sup>87</sup>. Pero también se apuntará –y consideramos que no es excluyente- que la dependencia económica puede ser una circunstancia relevante en la valoración de la necesidad de protección. Esta idea se

---

<sup>87</sup> Nos remitimos a la Segunda Parte, Capítulo I.

manifiesta y se incluye en la operación a través del criterio de la posición de dominio del predisponente respecto del adherente.

- *Ajeneidad del sector de contratación del adherente.* Si el empresario adherente se mueve en su sector, la autorresponsabilidad que se le debe exigir es mayor pues al sujeto se le presupone una experiencia profesional y un conocimiento de las cláusulas típicas o los usos del ramo. Por el contrario, si el contrato está desvinculado del objeto social de su actividad empresarial puede llegar a estar incluso en un estado de ignorancia similar al de un consumidor.

Este criterio complementa y matiza al anterior que, pensamos, es el principal. Efectivamente, un empresario adherente de pequeño tamaño no pierde totalmente su condición de debilidad frente a un empresario con una posición fuerte en el mercado por el hecho de que se esté contratando dentro de su sector habitual. Por el contrario, un empresario adherente de un cierto tamaño, con recursos y una posición fuerte, tampoco pasa automáticamente a estar en una situación de desamparo frente al predisponente por ser parte en un contrato cuyo objeto está fuera de su actividad empresarial.

De este modo, podemos trazar una línea a modo de escala que midiera la necesidad de protección del adherente frente a contenidos desproporcionados, estando ocupado el extremo que representa la mayor necesidad de protección –uniforme- por la figura del consumidor, como sabemos. Pero, y siguiendo los criterios anteriormente mencionados, muy próximo a él habría que situar a los adherentes pequeños empresarios, sin capacidad de asesoramiento y con una posición muy débil frente al predisponente, y más si están contratando en un ámbito distinto al habitual de su negocio.

Así, un pequeño empresario dedicado, por ejemplo, a los servicios de limpieza, que contrata el servicio telefónico y de internet mediante condiciones generales con una operadora de telefonía o una pequeña clínica de fisioterapia que contrata la alarma de seguridad para su local ocuparían, a nuestro juicio, una posición muy cercana a la del consumidor: se trata de pequeños empresarios que actuarían casi como un consumidor pues no tienen una posición fuerte respecto de la entidad telefónica y de seguridad, respectivamente, y, a la vez, que están contratando un servicio totalmente ajeno a su actividad principal empresarial, con lo que se les presupone escaso conocimiento del tipo de cláusulas que se suelen incluir.

En el extremo opuesto estaría la necesidad de protección de un empresario adherente con un tamaño o un poder similar al del predisponente y que está contratando dentro de su sector, es decir que el objeto del contrato está directamente relacionado con su actividad en el tráfico mercantil.

Un ejemplo podría venir representado por un contrato que se tratará al hilo de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, el contrato de *handling* o de prestación de servicios de asistencia en tierra. En este contrato, aun existiendo una parte predisponente y otra adherente, en la mayor parte de los casos se trata, ambas, de compañías aéreas, empresas de una gran envergadura económica, debidamente asesoradas, y que están contratando dentro del ámbito de su objeto social<sup>88</sup>. Algo parecido podemos decir, por ejemplo, de un contrato de financiación entre una entidad financiera y una constructora de una cierta envergadura. Aunque la entidad financiera-predisponente es la parte que está contratando estrictamente en su sector, por razones del negocio la constructora-adherente debe recurrir habitualmente a productos de financiación bancaria con lo que su conocimiento de estos contratos –por no hablar de su posición o posibilidades de asesoramiento- será mayor que la de un empresario que solicite financiación para una cuestión puntual. Y yéndonos al contrato de seguro, al que haremos alusión de forma específica, este razonamiento es el que estaría en la base del diferente régimen respecto del general de los contratos de reaseguro –siempre celebrados entre grandes empresas- y de seguro por grandes riesgos –v. gr., vehículos ferroviarios, aéreos, marítimos-: por mucho que una de las dos partes sea la que aporte el modelo de clausulado que constituye la base de la negociación, la capacidad económica del adherente en este tipo de contratos –de reaseguro y de seguro por grandes riesgos- así como la solvencia y prestigio de los asesores que generalmente le asisten profesionalmente hacen dudar de la necesidad real de protección<sup>89</sup>.

Aun así, como hemos matizado antes, nos parece más relevante la posición relativa de las partes que el conocimiento por parte del adherente del sector en el que se contrata.

Un contraejemplo al de la entidad financiera y la constructora sería algún caso de contratos de transporte de mercancías. Como veremos, en estos sectores hay una tendencia a proteger en ciertos aspectos (especialmente en el régimen de responsabilidad) al cargador –adherente- frente al transportista o porteador –predisponente-, con independencia de que el cargador utilice de manera habitual los servicios del transporte y de que, por tanto, no le sea completamente ajeno el tipo de contratación. En estos casos, para el legislador pesa más la diferencia de poder que suele haber entre ambos contratantes que el posible (des)conocimiento del adherente del contenido de los contratos de transporte (sigue sin ser su

---

<sup>88</sup> *Vide infra* Segunda parte. Capítulo III. I., epígrafe 1.1.iv. c)

<sup>89</sup> *Vide infra* Primera parte. Capítulo III. IV., epígrafe 1.

ámbito de actividad principal pero forma parte de él en algún sentido por lo frecuente). En el ejemplo del párrafo anterior de la constructora, a la habitualidad con la que debía recurrir a productos de financiación se sumaba el hecho de que se tratara de una empresa de un cierto tamaño.

Por lo tanto, no defendemos que todo adherente, consumidor o empresario, sin matices, se vea protegido por un control material frente a contenidos desproporcionados en los negocios predisuestos. El sistema para determinar esa necesidad de protección en el caso de los contratos entre empresarios es un sistema basado en el análisis del caso por caso, a la vista del tamaño y posición del empresario adherente, del predisponente, el tipo de contrato, etc. Este método, como veremos en los apartados siguientes, en los que se analiza el régimen de control de las condiciones generales entre empresarios en ordenamientos jurídicos vecinos, es el mismo que sigue el Derecho alemán –y, con ciertas salvedades, el portugués-. Sin embargo, no es el único posible. Así lo veremos también al tratar el caso del ordenamiento holandés o el inglés, que está tramitando una reforma que incluiría el control de determinados contratos entre empresarios, pero delimitando éstos por criterios precisos, en función del tamaño y la facturación.

Precisamente con ánimo de tener una visión panorámica de las diferentes posturas que han adoptado algunos de nuestros ordenamientos vecinos frente a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, pasamos a analizar si se prevé o no en ellos un control material para estos supuestos y, en su caso, cuál es su configuración. Lo mismo haremos con los Textos Europeos de Derecho de los contratos. Todo ello, con carácter previo y para confrontarlo con la protección otorgada por el ordenamiento jurídico vigente en España al adherente empresario, tanto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) como en leyes sectoriales, cuestiones con las que cerraremos este primer Capítulo.









## **CAPÍTULO II**

### **LOS REGÍMENES DE CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS EN EL DERECHO EUROPEO Y COMPARADO**

---

#### **I. UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO**

Dado el enorme desarrollo de la contratación entre empresarios mediante condiciones generales y el proceso unificador de las reglas del mercado y del contrato en el que está inmersa Europa, no es posible abordar, desde una perspectiva meramente nacional, la problemática que genera la cuestión de la tutela de este tipo de sujetos cuando se sitúan en la parte débil de la relación contractual.

La unificación de regímenes que pretendió en su momento la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se queda reducida a la contratación entre un profesional y un consumidor, excluyendo de su ámbito de aplicación la contratación entre sujetos que actúan dentro de su esfera comercial o de negocios. Como tendremos ocasión de analizar, el sistema elegido por cada ordenamiento jurídico para la regulación de esta disciplina presenta sus propias peculiaridades aunque se pueden diferenciar dos modelos generales en torno al sistema francés y al sistema alemán<sup>90</sup>. Mientras que el primero tiende a la protección del consumidor como única parte débil, la preocupación del segundo está centrada en poner coto al abuso de ciertas cláusulas contractuales que atentan contra el equilibrio contractual protegiendo a todo adherente, con independencia de que sea consumidor o profesional.

En las siguientes líneas pasaremos a estudiar los rasgos básicos de una serie de ordenamientos jurídicos vecinos en lo que a protección del empresario adherente se refiere. No se hace mención de todos los que, en el marco europeo, ofrecen una protección en este sentido<sup>91</sup> sino que se han elegido cinco Estados que se podrían organizar en torno a los dos

---

<sup>90</sup> NEBBIA P., *Unfair contract terms in European Law, A study in Comparative and EC Law*, Hart, Oxford and Portland, 2007, p. 34.

<sup>91</sup> EBERS, M., “La revisione del diritto europeo del consumatore: l’attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/12/CEE) e le prospettive d’ulteriore armonizzazione”, *Contratto e impresa/Europa*, anno XII, n.º. 1, gennaio-giugno 2007, pp. 696 – 733, clasifica en cuatro grupos a los Estados según su modelo de control de la abusividad: los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia), que admiten un control de todos los contratos (también entre empresarios) y también de las cláusulas individualmente negociadas; los Estados que siguen la “teoría del coste de transacción” (Alemania, Portugal, Austria,

modelos señalados y que, por las peculiaridades de su aproximación a la problemática, presentan un gran interés.

El orden elegido, por otra parte, no es aleatorio, estando escalonados estos Estados de menor a mayor protección: los casos francés e italiano comparten la ausencia de regulación expresa del control de contenido de los contratos entre empresarios mientras que, en el ordenamiento jurídico inglés, existe este control pero sólo para cierto tipo de cláusulas. Por su parte, Alemania y Portugal, como veremos, recogen una protección específica para el empresario adherente en lo que a control de contenido se refiere.

## **1. Protección en el ordenamiento jurídico francés**

### **1.1. Protección expresa en la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas**

El Ordenamiento francés carece de una normativa específica relativa a las condiciones generales de los contratos, al no recogerse ninguna previsión al respecto en el Código civil ni haberse promulgado ninguna ley específica, como podría ser una equivalente a la Ley española 7/1998, de Condiciones generales de la contratación.

Como tendremos ocasión de analizar, ha sido la jurisprudencia la que ha intentado otorgar protección al adherente que se ve perjudicado por la desigualdad entre las partes contratantes, desde unos planteamientos contractualistas<sup>92</sup>.

---

Holanda, Hungría, Lituania, Eslovenia), que incluyen un control de todos los contratos pero sólo respecto a las condiciones generales; ordenamientos que circunscriben el control de contenido a los contratos con consumidores aunque también respecto de las cláusulas individualmente negociadas (Francia, Bélgica, Luxemburgo, República Checa, Letonia o Malta); Estados en los que el control de contenido se reduce a los contratos con consumidores y tan sólo a las cláusulas que no han sido objeto de negociación individual (España, Grecia, Irlanda, Italia, Reino Unido, Polonia, Eslovaquia y Chipre). Fuera de Europa, es de señalar el caso de Israel, que ya el 12 de febrero de 1964 aprueba su *Standard Contracts Law*, que recoge un control administrativo voluntario destinado a evitar la incertidumbre que caracteriza el control judicial y a permitir la aprobación de la cláusula introducida en el contrato antes de su utilización o de surgir la controversia. Esta ley, modificada en 1969 y, posteriormente, en 1982, es considerada una de las primeras leyes en la materia y atrajo una gran atención internacional. No distingue entre contratos con consumidores o contratos entre empresarios y son los tribunales los encargados de diferenciar caso por caso e interpretar las reglas según las específicas circunstancias del caso en particular. Con un sistema de control dual, judicial y administrativo, incluye también una lista “gris” de cláusulas que se presumen abusivas. Para un primer acercamiento, ver D’AMBROSIO, L., “Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modello israeliano”, en BIANCA, M. (dir.), *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2º, Giuffrè Editore, Milán, 1981, pp. 342 – 399; BIN-NUN, A., *The law of the state of Israel*, Rubin Mass, Jerusalem, 1999, pp. 88 - 90; DELFINO, R., “Consumer protection in the European community and in Israel before and after Maastricht”, en MORDECHAI, A. (ed.), *Essays on European Law and Israel*, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, pp. 493 – 510.

<sup>92</sup> Esta tesis se basa sobre la idea de que los contratos de adhesión no presentan particularidades en su configuración respecto de los contratos en general. Como veremos, los tribunales aplican a los primeros las reglas generales de formación, interpretación y control de los contratos, SERRANO FERNÁNDEZ, M.,

Por el contrario, las cláusulas abusivas se encuentran expresamente reguladas en el Código de consumo francés<sup>93</sup>, que define esta figura de manera similar al resto de países europeos<sup>94</sup>. Mientras que los textos de consumo existentes en aquellos Estados con una regulación específica al efecto suelen restringir el ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores personas físicas<sup>95</sup>, el Código de consumo francés introduce una novedad en ese sentido en la medida en que la protección frente a las cláusulas abusivas no se limita a los contratos entre profesionales y consumidores sino que también se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y “no profesionales”, como figura equiparada, en este sentido, a la del consumidor.

Debemos, pues, detenernos a examinar qué se entiende por “*non-professionnel*” y si esta mención, como alusión separada de la del consumidor, implica que el ordenamiento jurídico francés otorga algún tipo de protección al empresario adherente cuando contrata fuera de su actividad habitual.

---

*Estudio de Derecho Comparado sobre la interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 211 y ss.

<sup>93</sup> Texto promulgado el 26 de junio de 1993 y modificado en 1995 por la Ley nº 95-96, de 1 de febrero, para transponer la Directiva europea.

<sup>94</sup> El artículo L. 132-1 del Código de consumo, en su primer párrafo, precisa que se entiende por abusivas aquellas cláusulas “*que tienen por objeto o por efecto crear, en perjuicio del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato*”. Esta definición se completaba hasta la Ley nº 2008-776, de 4 de agosto con una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas presumiblemente abusivas, lista que en la actualidad se ha duplicado, dando lugar a un elenco de cláusulas que se podrían denominar “grises”, es decir, presumiblemente abusivas pero que admiten que el profesional aporte prueba sobre el carácter no abusivo de la cláusula litigiosa en cuestión y a otra serie de cláusulas, “negras”, que son declaradas abusivas de manera irrefutable (listas reguladas, respectivamente, en los artículos R. 132-2 y 1 del Código de consumo, modificados por el Decreto nº 2009-302, de 18 de marzo). Sobre esta modificación, entre otros, NOTTÉ, G., “Liste des clauses abusives (Décret nº 2009-302 du 18 mars 2009)”, *Contrats, Concurrente, Consommation*, nº 4, 1 avril 2009, pp. 2 – 3; “Liste de clauses abusives; Note sous Décret numéro 2009-302 du 18 mars 2009, Journal Officiel du 20 mars 2009, page 5030”, *JCP E, Semaine Juridique (édition entreprise)*, nº 13, 26 mars 2009, pp. 3 – 4; DEPINCÉ, M., “Nouveau décret sur les clauses dites abusives en droit de la consommation”, *Lexbase Hebdo-Edition Privée Générale*, 2 avril 2009, nº 344.

En 2014 algunos artículos han sufrido una reforma como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley nº 1014-344, de 17 de marzo, relativa al consumo. Además de incluir modificaciones sobre la actuación de los jueces (art. L.141.4) y las acciones colectivas (arts. L-421-2, L-421-6 y L.141-1 VIII), el art. L.132-2 regula sanciones de carácter administrativo para los casos en los que en estos contratos se incluya una o más cláusulas abusivas. Sanciones que no pueden exceder de los 3000 euros para una persona física y 15000 euros para una jurídica. Puede ser objeto de publicidad la conminación hecha al profesional para que suprima de sus contratos u ofertas de contratos cláusulas abusivas.

Es interesante resaltar la labor en materia de cláusulas abusivas de una Comisión creada por el art. L.132-2 del Código de consumo, denominada *Commission des Clauses Abusives* y encargada, entre otros, de examinar los modelos de contratos propuestos por los profesionales y las recomendaciones de supresión o modificación de cláusulas que puedan ser abusivas (<http://www.clauses-abusives.fr/index.html>).

<sup>95</sup> Como excepción, podemos mencionar nuestro Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 incluye dentro del concepto de consumidor o usuario, a afectos de esta norma, no sólo a las personas físicas que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, sino también a las personas jurídicas que actúen en las mismas circunstancias.

Respecto a lo primero, y dado que el Código de consumo no recoge una definición de profesional, de consumidor ni de no-profesional, debemos recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, como cauce a través del que se ha dotado de contenido a estos conceptos.

Si la figura del consumidor se caracteriza en la legislación francesa por su restricción a las personas físicas<sup>96</sup>, *a sensu contrario*, parece que la de “no profesional” pretendería incluir a las personas jurídicas dentro de la protección contra las cláusulas abusivas. Así lo ha entendido la Corte de Casación, en su comentada sentencia de 15 de marzo de 2005<sup>97</sup>, que ha venido a consagrar la protección de las personas jurídicas en el ámbito del Código de consumo, en resistencia a una “comunitarización” del Derecho francés y recogiendo los argumentos anticipados por una parte de la doctrina a favor de dicha extensión<sup>98</sup> sin que, sin embargo, se decida en la mencionada sentencia a favor de la aplicación de las normas del Código de consumo al supuesto de hecho, por entender el Tribunal que la parte que

---

<sup>96</sup> Sobre la noción estricta de consumidor existe una unanimidad: es consumidor la persona física que adquiere un bien o un servicio para un objetivo no profesional, CALAIS-AULOY, J., “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, en THÉVENOZ, L.; REICH, N. (dir.), *Droit de la consommation, Liber amicorum Bernd Stauder, Schulthess*, Genève; Zurich; Bâle, 2006, p. 67; CALAIS-AULOY, J.; STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, 7 ed, Dalloz, Paris, 2006, pp. 7 y ss.

<sup>97</sup> Cass. Civ. 1, 15 mars 2005, n° H 02-13285, Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe computer systèmes (ECS). Los hechos se centran en un contrato de alquiler de material informático con opción de compra entre una comunidad de ganaderos y un proveedor informático, contrato que incluye una cláusula según la cual a la expiración del periodo inicial de alquiler, el arrendatario tendrá la facultad, con un preaviso de nueve meses, de adquirir el equipo, restituirlo o firmar un nuevo contrato de alquiler. Si no se lleva a cabo esta elección, se entiende que el alquiler se prorroga por tácita reconducción, lo que la comunidad de ganaderos considera tiene carácter abusivo. Comentando esta sentencia, entre otras, DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F.; BLARY-CLÉMENT, É., *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9 ed., Montchrestien, Paris, 2007, pp. 104 – 107.

<sup>98</sup> La Corte de Casación hace referencia a la sentencia de 22 de noviembre de 2001 de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, según la cual la noción de consumidor de la Directiva 93/13/CEE debe ser interpretada de forma restrictiva incluyendo tan sólo a las personas físicas, para concluir que, por tanto, la noción francesa de “no profesional” debe abarcar, por el contrario, a las personas jurídicas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las cláusulas abusivas. A favor, BAKOUCHE, D., “Protection des consommateurs. L’application de la législation sur les clauses abusives aux personnes morales”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, n° 21, mai 2005, pp. 856 - 857. En la misma línea, BOUJEKA, A., “L’influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur”, *Petites Affiches*, 393 année, n° 168, 23 août 2004, pp. 6 – 9; “Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français”, *Recueil Dalloz*, n° 28, 21 juillet 2005, p. 1952, para quien no existe una oposición radical entre la concepción francesa que distingue entre no profesional y consumidor y la aproximación comunitaria que sólo tiene en cuenta al consumidor. Otro punto de vista aportan CALAIS-AULOY, J.; STEINMETZ, F., *Droit de la consommation...*, op. cit., p. 17, al cambiar su opinión respecto de anteriores ediciones en lo que a la protección de ciertas personas jurídicas se refiere. Según los autores, aceptar que ciertas personas jurídicas sean protegidas porque están en situación de debilidad, conduce, en ciertos casos, a elecciones difíciles e inciertas, lo que va en contra de la necesidad de seguridad jurídica de los contratantes. Así, lamentan que el Derecho francés no siga la misma línea que el Derecho comunitario en este sentido.

reclamaba la protección “*no había podido concluir el contrato más que en calidad de profesional*”<sup>99</sup>.

Y es que, en cualquier caso, la admisión de la tutela respecto de las personas jurídicas está subordinada, de igual modo que en el caso de las personas físicas, al hecho de que el contratante actúe con motivo de un fin no profesional. La jurisprudencia ha evolucionado en la forma de aplicación de este criterio, abandonando un primer criterio subjetivo de incompetencia del profesional<sup>100</sup> para aplicar uno más objetivo y decidir que las disposiciones protectoras contra las cláusulas abusivas no tienen cabida en los contratos llevados a cabo por un comerciante en “*los contratos de suministro de bienes o de servicios que tengan una relación directa con la actividad profesional ejercida por el contratante*” o, en general, “*para las necesidades de su comercio*” o “*dentro del cuadro de relaciones profesionales habituales*”<sup>101</sup>.

Así, se entiende que la adquisición de material gráfico en un salón internacional por parte de un comprador -a su propio nombre- que, acto seguido, suscribe un crédito en nombre de una explotación de imprenta en proceso de creación, unido este hecho a la tecnicidad y coste del material, sólo puede corresponder a una adquisición llevada a cabo por un profesional y, por tanto, “*tener una relación directa con la actividad profesional, incluso futura*” (Corte Casación Civil 1ª, de 10 de julio de 2001<sup>102</sup>). En el caso de un contrato de suministro de agua a una sociedad de depuración y desgasificación, no se considera de aplicación el artículo L. 132-1 Código de consumo respecto de una cláusula que prohíbe una reclamación en caso de aumento excesivo de consumo como consecuencia de una fuga en el empalme entre el contador y la empresa, por considerar que, aunque esté contratando “*fuera de su esfera habitual*”, existe una relación directa con la actividad de la sociedad (Corte Casación Civil 1ª,

<sup>99</sup> El Tribunal, aún admitiendo, como hemos visto, la posibilidad de que se proteja a las personas jurídicas frente a este tipo de cláusulas, entiende que la comunidad ha concluido el contrato en calidad de profesional, al valerse del material informático para realizar las operaciones de control de resultados e identificación del ganado, tareas que integran su objeto social, no siendo de aplicación el artículo L. 132-1 del Código de consumo.

<sup>100</sup> Se entendía que la necesidad de proteger a los profesionales derivaba del hecho de encontrarse en el mismo estado de ignorancia que un consumidor al estar contratando fuera de su sector económico de actividad, desprovistos de competencias particulares respecto de la operación que concluyen o el producto que utilizan (Cass. Civ. 1, 20 octobre 1992, n° 89-16736, Société Diris et Cie SNC c/ Le Maréchal).

<sup>101</sup> Alusión a dicha evolución encontramos en BAKOUCHE, D., “Protection des consommateurs...”, op. cit., pp. 857 – 858; LEVENEUR, L., “Une société commerciale n’est ni un consommateur, ni un non-professionnel”, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2009, pp. 18 – 19; SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., “Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud”, *Petites affiches*, n° 31, 12 février 2009, p. 54.

<sup>102</sup> Cass. Civ. 1, 10 juillet 2001, n° 99-12512, M. Jean-Yves Leblanc c/ M. Bernard Soinne.

de 5 de marzo de 2002<sup>103</sup>). En la misma línea, se reputa fuera del campo de aplicación de la protección frente a las cláusulas abusivas una cláusula parte de un contrato de seguro que exige para su ejecución, no sólo encontrarse el sujeto en situación de imposibilidad de realizar ninguna actividad remunerada, sino incluso la obligación de tener que recurrir a una tercera persona para los actos ordinarios de la vida, en la medida en que, con independencia del contenido de la cláusula, dicho contrato de seguro “*tiene un carácter accesorio respecto de unos préstamos profesionales suscritos por el sujeto para las necesidades de la explotación de unos fondos de comercio*” (Corte Casación Civil 2ª, de 18 de marzo de 2004<sup>104</sup>). Por último, en el caso de un contrato de instalación y mantenimiento de un distribuidor automático de bebidas calientes en un local, contrato que contiene una cláusula de exclusividad a favor del distribuidor, tampoco se considera de aplicación el artículo L. 132-1 del Código de consumo respecto de dicha cláusula de exclusividad por entender que “*no se aplica a los contratos de suministro de bienes o de servicios concluidos entre sociedades comerciales*”, dado que se está contratando para las necesidades de la actividad profesional al buscar “*ofrecer un espacio de descanso a su personal y a sus clientes y para hacer agradable el ámbito de trabajo y de las relaciones comerciales*” (Corte Casación Civil 1ª, de 11 de diciembre de 2008<sup>105</sup>)<sup>106</sup>.

A la vista del Código de consumo, parece que el solo hecho de que un adherente tenga la cualidad de profesional no implica de forma inmediata que se le excluya de la protección respecto de las cláusulas abusivas, siempre que ese sujeto esté contratando en un ámbito desprovisto de cualquier relación con su actividad profesional. Sin embargo, la práctica jurisprudencial nos revela que son raros los casos en los que se aprecia que una persona jurídica puede contratar sin “*rapport direct*”, jugando este criterio, por tanto, casi sistemáticamente en perjuicio del profesional<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Cass. Civ. 1, 5 mars 2002, n° 00-18202, Commune de Bayonne c/ Société atlantique d’assainissement et de dégazage (SAADEG).

<sup>104</sup> Cass. Civ. 2, 18 mars 2004, n° 03-10327, Caisse nationale de prévoyance assurances c/ M. Jean Fourcade.

<sup>105</sup> Cass. Civ. 1, 11 décembre 2008, n° 07-18128, Sté Éts Jean Patouillet c/ Sté Sonalp, comentada por LEVENEUR, L., “Une société commerciale...”, op. cit., pp. 18 - 19. El autor muestra su acuerdo con la resolución y su rechazo al argumento, sostenido por la empresa receptora de las máquinas, de que no tener conocimientos acerca de los distribuidores automáticos de bebida implique no saber el significado de una cláusula de exclusividad.

<sup>106</sup> También negando la posibilidad de aplicación del art. L.132-1 del Código de comercio por existir una relación directa entre el contrato y la actividad profesional del adherente, véase: Cass. Civ. 1, 22 mai 2002 (contrato de *leasing* de una embarcación concluido con el banco por un farmacéutico que tiene, no obstante, la cualidad de arrendador profesional de embarcaciones tal y como se desprende de los beneficios y desgravaciones en sus declaraciones fiscales); Cass. Civ. 1, 15 mars 2005 (contrato de alquiler con opción de compra de equipo informático concluido por un sindicato profesional en calidad de empresario); Cass. Civ. 1, 27 septembre 2005 (un préstamo contratado por una federación deportiva para financiar la adquisición y acondicionamiento de su nueva sede social entra dentro de la actividad profesional del sujeto).

<sup>107</sup> BAKOUCHE, D., “Protection des consommateurs...”, op. cit., p. 858; SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 54.

Como ejemplo, en la sentencia de la Corte Casación Civil 1ª, de 5 de noviembre de 1996<sup>108</sup>, se estima como existente la relación directa con la actividad profesional en un contrato de material telefónico de un fabricante de pulseras de cuero. Por el contrario, y siendo interesante por apartarse de alguna manera de la orientación general de la jurisprudencia en la materia, podemos citar la sentencia de la Corte Casación Civil 1ª, de 8 de julio de 2003<sup>109</sup>, en la que se considera que no existe relación directa entre la actividad pastoral ejercida por el cura de una parroquia y la adquisición, para las necesidades de la misma, de una fotocopiadora<sup>110</sup>.

Se deriva de esto, pues, que por la vía de la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del artículo L. 132-1 del Código de consumo a la figura del “*non-professionnel*” no se alcanza una verdadera protección al empresario, incluso cuando contrata fuera de su especialidad profesional<sup>111</sup>. Tanto más cuando, por consiguiente, contrate mediante actos que se incluyan dentro de su comercio o negocio –tema objeto del presente trabajo–: aún interpretando esta figura novedosa que introduce el Código de consumo francés del modo más favorable al empresario, quedarían igualmente desprotegidos aquellos sujetos que, siendo adherentes y aún contratando en el curso de su actividad económica, fueran merecedores de amparo.

<sup>108</sup> Cass. Civ. 1, 5 novembre 1996, n° 94-18.667, *Compagnie des téléphones et d’électronique du Centratel c/ Etablissements Boss*.

<sup>109</sup> Cass. Civ. 1, 8 juillet 2003, n° 01-11640, *Société Actibail c/ M. Jean-Marc Dante La France*.

<sup>110</sup> En la sentencia de la Corte Casación Comercial, de 14 de mayo de 2001 (Cass. Com., 15 mai 2001, n° pourvoi 98-18603), por su parte, si bien parece reconocer la existencia de una relación, poca importancia le da por el diferente sector de especialización de los contratantes. Al hilo de un contrato de venta de un sistema informático, el órgano jurisdiccional encuentra correctamente suprimida por la Corte de Apelación la cláusula de exclusión de garantía contenida en las condiciones generales de venta, a pesar de tratarse de un negocio jurídico entre empresarios pues el comprador no era un profesional de la informática sino que ejercía una actividad de mayorista en otro ámbito, de tal foma que el contrato se había concluido entre profesionales de especialidades diferentes.

<sup>111</sup> Dada la incertidumbre que genera esta mención, dependiendo el resultado del criterio interpretativo que se utilice en cada caso para valorar la relación existente en el objeto del contrato y la actividad empresarial, ciertos autores han abogado por una supresión de la figura. Ver pie de página 98 *in fine*. Por su parte, PAISANT, G., “La protection par le droit de la consommation”, en JAMIN, C.; MAZEAUD, D., *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Economica, Paris, 1998, p. 32, apunta que, para preservar la equidad de los profesionales que contratan en situación de inferioridad, no es oportuno arriesgarse a desnaturalizar el Derecho de consumo. La supresión de la noción de “no profesional” del artículo L. 132 del Código de consumo, dado los efectos perturbadores que genera, presentaría numerosas ventajas, como asegurar una mayor coherencia dentro del propio Código de consumo, reforzar la protección que se le presta a los sujetos protegidos por esta normativa o eliminar una fuente –“*inutile*”– de inseguridad jurídica. En la literatura española, LETE ACHIRICA, J., “La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas y presentación de los contratos”, *La Ley*, núm. 1, 1996, pp. 1720 – 1728, con motivo de la Ley de 1995, apuntó que la tendencia a ampliar la noción estricta de consumidor para abarcar también el consumo empresarial excede de la finalidad inicial de la norma jurídica sobre protección de consumidores y convierte la noción de “consumidor” en superflua por demasiado general (p. 1725).

## 1.2. Mecanismos protectores en el Derecho general de las obligaciones

La falta de una disciplina legislativa acerca del control de las cláusulas predispuestas que pudieran resultar desproporcionadas en contratos entre empresarios ha hecho que la jurisprudencia francesa recurra a figuras del Derecho general de las obligaciones, intentando cubrir dicha carencia normativa. Entre todas ellas, la causa tendrá una relevancia especial como instrumento de control del equilibrio contractual respecto de las cláusulas limitativas de responsabilidad en contratos no negociados **(a)**. Además, por otra parte, una reforma relativamente reciente del Código de comercio ha llevado a incluir una sanción para los desequilibrios entre profesionales, a la manera de las cláusulas abusivas del Derecho de consumo, inclusión a la que dedicaremos el segundo apartado **(b)**.

### 1.2.i. Protección mediante reglas contenidas en el *Code civil*

Respecto de un tipo de cláusulas frecuentes en la contratación entre empresarios, las cláusulas limitativas (o exoneratorias) de responsabilidad, el Código civil francés prevé una excepción general a su validez que no es otra que la imposibilidad de que el deudor se beneficie de ellas en casos de *dol* o *faute lourde* (falta grave), igual que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico nacional en el art. 1102. Así lo dispone el art. 1150 del Cc francés<sup>112</sup>, por lo que una cláusula limitativa de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave podría ser eliminada y el acreedor resarcido en todos los daños –tanto si el contrato es negociado como si no lo es-. Pero, a esta previsión legal específica que supone un límite a las cláusulas de limitación de responsabilidad, la jurisprudencia ha sumado una segunda fundamentada sobre una “*utilización original*”<sup>113</sup> de la figura de la causa.

Y es que cuando la mayoría de los países europeos han dejado a un lado la idea de la causa y cuando varios proyectos de armonización europea no recogen ninguna referencia a la

---

<sup>112</sup> Article 1150 Cc.: “*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*”. Y lo mismo cabe decir, por asimilación con el dolo, respecto de culpa grave (TERRÉ, F.; SIMLER, P.; LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2005, pp. 565, 608, 612; MALAURIE, P.; AYNÈS, L.; STOFFEL-MUNCK, P.; *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Defrénois, Paris, 2005, p. 499; ÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 10ª ed., Montchrestien, Paris, 2005, p. 288; FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 2ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 659)

<sup>113</sup> En palabras de SAVAUX, E., *L'objet et la cause dans les projets français de réforme du droit des contrats*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.



misma, el Derecho francés permanece apegado a este concepto<sup>114</sup>. En materia de control contractual, la causa parece que puede ser utilizada para controlar la equivalencia de las prestaciones intercambiadas<sup>115</sup>. Así lo han hecho los tribunales franceses, devolviendo fuerza y utilidad al concepto y forjando un instrumento que pretende luchar por la protección de los intereses de cada parte contractual y, especialmente en el caso de los contratantes profesionales, para paliar la ausencia de protección de los mismos frente a las cláusulas abusivas<sup>116 117</sup>.

El primer pronunciamiento al respecto –primero de una famosa saga de sentencias– fue el referente al llamado *caso Chronopost*, mediante la sentencia de la Corte de Casación de 22 de octubre de 1996<sup>118</sup>, en la que el tribunal entiende que debe ser considerada como no escrita una cláusula de un contrato predispuesto de transporte de mercaderías que limita la responsabilidad, en el caso de incumplimiento del plazo de entrega, a la devolución del precio pagado por el transporte. Dado que se trata de un contrato llevado a cabo por una empresa especialista en el transporte rápido, garantizando la fiabilidad y celeridad de sus servicios (de hecho su lema es “*Les maîtres du temps*” (“Los dueños del tiempo”)), la obligación de entrega en tiempo se considera como esencial para la voluntad contractual y, por tanto, la presencia en el contrato de tal cláusula limitativa de responsabilidad, que

<sup>114</sup> ROCHFELD, J., “A future for la cause? Observations of a french jurist”, en CARTWRIGHT, J.; VOGENAUER, S.; WHITTAKER, S., *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Hart, Oxford, 2009, p. 73. Para una lectura más profunda acerca de la causa en relación con la validez del contrato, ver GHESTIN, J., *Cause de l’engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2006, 944 p., especialmente, en cuanto a la conservación de la figura en Derecho francés por parte de la doctrina, la definición subjetiva y objetiva de la misma, pp. 51 y ss. Hay que tener en cuenta, no obstante, los proyectos de reforma del Derecho de obligaciones y su configuración de la causa, que no permanece en todos invariable ni corre la misma suerte.

<sup>115</sup> GHESTIN, J., *Cause de l’engagement...*, op. cit., pp. 39, 50 – 51.

<sup>116</sup> Sobre la renovación de la definición de causa, de su uso y de sus sanciones, en relación al control de existencia de la misma, ROCHFELD, J., “A future for la cause?...”, op. cit., pp. 75 – 100. Respecto al recurso a la causa por parte de los tribunales franceses como instrumento de control del equilibrio del contrato, ver también GHESTIN, J., *Cause de l’engagement...*, op. cit., pp. 174 y ss.; MAZEAUD, D., “Plaidoyer en faveur d’une règle générale sanctionnant l’abus de dépendance en droit des contrats”, en DIDIER, P., *Études de droit privé*, Economica, Paris, 2008, pp. 345 y ss.; ROCHFELD, J., A future for la cause?...”, op. cit., pp. 94 – 99.

<sup>117</sup> Sin embargo, hay que matizar que, aunque se ha dicho que, en su origen, este nuevo recurso a la causa se concibió para luchar contra las estipulaciones no negociadas incluidas en contratación en masa (FAGES, B., “Obligations et contrats spéciaux. Obligationss en général, Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité (Com. 13 février 2007)”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, n° 3, 2007, p. 567), en las distintas argumentaciones no siempre aparece como requisito esa ausencia de negociación. Es cierto que por el tipo de contratos –en los ejemplos, en su mayoría de transporte– lo normal es que haya una imposición por parte del contratante fuerte y sí que hay referencias en este sentido a situaciones en las que una parte “se prevalece” de su clausulado o a que se trata de contratos mediante condiciones generales. Pero se advierte que no en todas las resoluciones el elemento de la no negociación aparece como una pieza clave en los razonamientos jurídicos.

<sup>118</sup> Cass. Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, Société Bancheau c/ Société Chronopost. Comentarios en GHESTIN, J., *Cause de l’engagement...*, pp. 181 – 212; MAZEAUD, D., “Plaidoyer en faveur d’une règle générale...”, op. cit., pp. 345 – 346; ROCHFELD, J., “A future for la cause?...”, op. cit., pp. 94 – 95. En la misma línea, Cass. Com. 17 juillet 2001, n° 98-15678, Securinform c/ Sté AC Timer et Sté Higway.

permite al transportista incumplir sin apenas consecuencias, contradice la propia causa del contrato<sup>119</sup>. La novedad de esta primera sentencia consiste en vincular por primera vez la violación de una obligación fundamental con la noción de causa y no con la de culpa grave<sup>120</sup>. Sin embargo, la Corte de Casación vuelve al criterio subjetivo de la culpa grave como límite a este tipo de cláusulas en su sentencia de 9 de julio de 2002<sup>121</sup>. En ella conoce de un nuevo caso de contrato de transporte, esta vez regulado por un contrato-tipo (“*contrat type messagerie*”) establecido reglamentariamente para el sector, contrato-tipo que incluye una cláusula según la cual solo se permite reclamar todos los daños al transportista en caso de que haya incurrido en culpa grave. A partir de este momento la posición de la Corte de Casación frente a estas cláusulas de limitación de responsabilidad será la siguiente: en el caso de contratos-tipo de transporte establecidos por Decreto, solo se podrán reclamar todos los daños al transportista en el caso de que éste haya incurrido en culpa grave –en aplicación de la limitación prevista reglamentariamente-<sup>122</sup>; en el caso de contratos cuyo contenido sea el establecido convencionalmente y no el del contrato-tipo<sup>123</sup>, además del dolo o la culpa grave<sup>124</sup>, la cláusula limitativa de responsabilidad puede ser eliminada en caso de incumplimiento de una obligación esencial sobre el argumento de la ausencia de causa<sup>125</sup>.

<sup>119</sup> Se trata de un contrato entre Chronopost y otra sociedad por el que esta última encarga la entrega ante un organismo público en París de varios sobres que contienen documentos de licitación para una contrata. No se respeta el plazo de entrega en 24 horas garantizado sino que se entrega en 48 horas, lo que, si bien para la sentencia recurrida no era constitutivo de culpa grave que pudiera excluir la limitación de responsabilidad, lleva a la Corte de Casación a considerar que supone un incumplimiento de una obligación esencial y a concluir que la cláusula limitativa de responsabilidad debe reputarse como no escrita, pues contradice el alcance de la obligación contraída.

<sup>120</sup> FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations...*, op. cit., p. 664.

<sup>121</sup> Cass. Com. 9 juillet 2002, n° pourvoi 99-12554.

<sup>122</sup> La valoración de la *faute lourde* necesaria para eliminar la limitación de responsabilidad en los contratos-tipo que hace la Corte de Casación a raíz de estas sentencias es estricta, es decir, no aprecia fácilmente la existencia de la misma (FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations...*, op. cit., p. 664). Y, como consecuencia de la distinción entre las dos vías –dolo/culpa grave vs. causa y obligación esencial–, se profundiza en el aspecto subjetivo y se dice que no puede deducirse la culpa grave únicamente del incumplimiento por el deudor de una obligación, aunque sea esencial, sino que debe deducirse de la gravedad de su comportamiento: “[...] [L]a *faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d’indemnisation prévue par le contrat type* ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur [...]” (Cass. Com. 13 juin 2006, n° pourvoi 05-12619). “*Constitue une faute lourde un comportement d’une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l’inaptitude du débiteur de l’obligation à l’accomplissement de la mission contractuelle qu’il avait acceptée*” (Cass. Chambre Mixte 22 avril 2005, n° pourvoi 02-18326).

<sup>123</sup> Aquí *convencional* se entiende por oposición a regulación *legal* y no a *predispuesta* porque, de hecho, como decíamos, una buena parte de los contratos, por la forma común de proceder en el sector, son predispuestos y no negociados. Es decir, se refiere a todo contrato que no sea el contrato-tipo establecido reglamentariamente.

<sup>124</sup> Entendemos que por aplicación del ya citado art. 1150 del Código civil francés.

<sup>125</sup> Así, en la sentencia de 30 de mayo de 2006 (Cas. Com. 30 mai 2006, n° pourvoi 04-14974), que conoce también de un clausulado de Chronopost, se confirma esta posición pues la Corte de Casación entiende que en la sentencia de instancia se tenía que haber analizado, antes de su aplicación, si la cláusula limitativa de indemnización de la que prevaleía la compañía de transporte –no prevista por un contrato-tipo establecido por Decreto–, debía haber sido reputada como no escrita por el efecto de incumplimiento del transportista a una obligación esencial del contrato.

Por lo tanto, entremezcladas en el tiempo, la Corte de Casación aborda la validez de cláusulas limitativas de responsabilidad en otros casos a través de la figura de causa. Así se hace en el ya citado primer caso Chronopost de 1996 o en la también referida con anterioridad sentencia de 30 de mayo de 2006<sup>126</sup>. De igual modo, en la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 5 de junio de 2007<sup>127</sup>, se priva del beneficio de la cláusula limitativa de responsabilidad a un transportista que pierde las mercancías sin haber incurrido en culpa grave, en atención a la naturaleza esencial de la obligación vulnerada, que afecta a la causa. Y también la sentencia de la Sala primera de la Corte de Casación, de 22 de junio de 2004<sup>128</sup>, neutraliza una cláusula de no garantía de horario que una compañía aérea opone a un cliente, cuyo avión se retrasa más de veinticuatro horas y que decide volar con otra compañía, por considerar que se trata de un retraso excesivo por el que el transportista no se puede exonerar previamente de toda responsabilidad sin atentar a la esencia del contrato de transporte aéreo de personas.

Cambiando de sector, la causa ha servido para evitar los efectos de una cláusula de limitación de garantía en un contrato de prestaciones informáticas entre dos empresas en la sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 2007 (Cass. Com. 13 février 2007, n° pourvoi 05-17407): se constata que la sociedad que se había comprometido a entregar una versión de un paquete de software no había procedido a cumplir con dicha obligación de entrega, sin justificar caso de fuerza mayor, y sin que se hubiera convenido ningún otro desarrollo más que esa versión, de lo que resulta un incumplimiento de naturaleza esencial que frustra la aplicación de la cláusula limitativa de responsabilidad. Pero la jurisprudencia parece que endurece en otras resoluciones los requisitos para entender afectada la “*obligation essentielle*” en el sentido de declarar sin efecto las cláusulas de limitación de responsabilidad. Así, en la sentencia de la Corte de Casación de 29 de junio de 2010 (Cass. Com. 29 juin 2010, n° pourvoi 09-11841), vinculada con la anterior pues se trata de las mismas sociedades y también de un contrato de licencia, mantenimiento, formación y puesta en marcha de un software, el órgano jurisdiccional señala que el simple incumplimiento de una obligación del contrato no es suficiente para eliminar los efectos de una cláusula limitativa de responsabilidad y que es necesario que la cláusula contradiga el alcance de la obligación esencial suscrita por el deudor: es necesario apreciar la cláusula limitativa teniendo en cuenta la economía general del contrato y determinar si vacía de toda sustancia a la obligación esencial del contrato<sup>129</sup>. Y lo mismo había argumentado en la

---

<sup>126</sup> Vide nota al pie anterior.

<sup>127</sup> Cass. Com. 5 juin 2007, n° porvoi 06-14832.

<sup>128</sup> Cass. Civ. 22 juin 2004, n° 01-03926, Société MVC Marketing voyage conseil c/ société Decleor.

<sup>129</sup> En el caso concreto, aplicando esta idea, se considera válida la cláusula de limitación de responsabilidad pues no tenía el efecto de liberar a la sociedad deudora del cumplimiento de una obligación esencial o de privar de toda sustancia a dicha obligación, sino solamente de fijar un techo de indemnización que no era

sentencia de la Sala comercial de 18 de diciembre de 2007, al hilo de un contrato de suministro de electricidad con un profesional, al recurrir al argumento de ver privada de toda sustancia a la obligación esencial del contrato por parte de la cláusula limitativa de responsabilidad<sup>130</sup>.

Parece, a la vista de lo expuesto, que la doctrina de la causa puede ser una nueva base legal para introducir el control de las “*clauses abusives*” –no negociadas y desequilibradas- entre profesionales, concretamente en lo que respecta a las limitaciones de responsabilidad<sup>131</sup>. La pieza clave de esta solución es identificar cuáles son las obligaciones esenciales del contrato (“*obligations essentielles*”) que, por ser esenciales, no pueden verse afectadas por las cláusulas limitativas de responsabilidad, reputándose éstas como no escritas en caso contrario. Sin embargo, para algunos autores<sup>132</sup>, esta forma de proceder jurisprudencial no es la más adecuada. Primero, porque, a la vista de las resoluciones que han ido dictando los tribunales franceses en supuestos de eliminación de cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad, no existe unanimidad a la hora de determinar cuáles son estas obligaciones esenciales<sup>133</sup>. Tampoco está claro cómo tiene que afectar la cláusula limitativa de

---

irrisorio, pues era igual al montante de precio pagado por el cliente por razón del contrato de licencia, lo que supone un reparto del riesgo y no priva a la contraparte de toda contrapartida. Es de resaltar, asimismo, que se menciona en la sentencia como dato a tener en cuenta, que, en este supuesto de hecho, el tribunal entiende que la cláusula ha sido libremente negociada y aceptada por ambas sociedades.

<sup>130</sup> Cass. Com. 18 décembre 2007, n° pourvoi 04-16069. Aunque el fallo no estima la privación de efectos de la cláusula, se alude para llegar a esa conclusión -entre otros argumentos vinculados con el Derecho de la competencia-, a la obligación esencial, que no se ve vaciada en este caso por la existencia de la cláusula limitativa pues la limitación se refiere solo a los supuestos de corte de electricidad imprevistos, salvo caso de culpa grave del suministrador.

Según MAINGUY, D., “Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, n° 5, 5 février 2009, p. 314, esta sentencia demuestra que se puede aplicar un control a las “cláusulas exageradas” en los contratos de adhesión entre profesionales sin recurrir a las técnicas de aplicación del artículo L. 132-1 del Código de consumo -no hay que olvidar que el ámbito de esta sentencia, un contrato de suministro de electricidad para un profesional, es el mismo precisamente sobre el que, en otras ocasiones, se ha debatido la aplicación del Derecho consumo en torno a la controvertida noción de “relación directa”-.

<sup>131</sup> En este sentido, según ROCHFELD, J., “A future for la cause?...”, op. cit., pp. 98 – 99, la generalización de este tipo de sanción muestra la vocación renovada del control de ausencia de causa, en particular, respecto al restablecimiento del equilibrio en el contenido del contrato, con independencia del estatus de las partes –consumidores o empresarios-. Como consecuencia, la noción de ausencia de causa se ha convertido en un arma en la lucha contra las cláusulas injustas introducidas con motivo de la diferencia de poder de negociación de las partes.

<sup>132</sup> SEFTON-GREEN, R., “La cause or the length of the French judiciary’s foot”, en CARTWRIGHT, J.; VOGENAUER, S.; WHITTAKER, S., *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Hart, Oxford, 2009, pp. 113 – 115.

<sup>133</sup> Sobre la dificultad de delimitar la noción de obligación esencial, GENICON, T., “El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 13, diciembre 2009, pp. 135 y ss.: “Al final, ya que no se puede predecir con total seguridad que tal obligación del contrato es una obligación esencial o una parte suficientemente importante de una obligación esencial, no podemos predecir de manera segura que la cláusula limitativa de reparación que la apunta será admitida a sobrevivir o no. El sistema, en realidad, promete mucho más de lo que puede: tienta a los observadores con una previsibilidad que no puede cumplir” (p. 137).

responsabilidad a esa obligación esencial, pues la postura ha ido variando (y, por otra parte, ¿qué significa contradecir? ¿Qué supone vaciar de todo contenido la obligación esencial?). Además, coexisten dos aproximaciones para justificar la aplicación o no aplicación de cláusulas limitativas de la responsabilidad en supuestos de hecho similares: unas veces se recurre al criterio de carácter objetivo de la naturaleza de la obligación y su carácter esencial (causa), y otras a un criterio subjetivo que atiende al comportamiento de las partes a través de la figura de la *faute lourde*, aunque en ambos casos, sin embargo, ambas serían realmente de aplicación por tratarse de figuras de “*Droit commun*” de obligaciones. En definitiva, el hecho de que se aprecien ciertas disparidades a la hora de aplicar los criterios, incluso en sentencias procedentes de una misma sala de la Corte de Casación, conlleva una cierta falta de predicción y, por tanto, inseguridad jurídica, lo que hace que el criterio de la causa tenga sus detractores por falta de efectividad para solucionar los problemas que surgen en relación con las cláusulas contractuales abusivas<sup>134</sup>.

Por otra parte, no parece que el recurso a otras normas de Derecho general de las obligaciones, tales como la noción de lesión, el principio de buena fe, la figura del abuso de derecho o la necesidad de un equilibrio mínimo respecto a las cláusulas penales, sean instrumentos suficientes para ofrecer una protección adecuada a los adherentes empresarios<sup>135</sup>.

Respecto a la teoría de la lesión, el art. 1118 Cc francés es la única disposición en la que se consagra en la actualidad en el Código civil francés la falta de equivalencia entre las prestaciones de las partes en los contratos conmutativos. Además del papel reducido que juega esta figura, que sólo causa un vicio en los contratos en ciertos casos particulares<sup>136</sup>, la ubicación del artículo, recogido dentro de la sección referida a los vicios del consentimiento, ha sido criticada por la mayoría de la doctrina en la medida en que se considera más conveniente situar una disposición acerca de la falta de equivalencia en las prestaciones en la sección relativa al objeto o en un precepto específico dedicado a las

<sup>134</sup> SEFTON-GREEN, R., “La cause or the length...”, op. cit., pp. 115 – 117, evidencia que el criterio no actúa como un elemento disuasorio para prevenir el uso de cláusulas abusivas en los contratos. El autor critica, no que los jueces franceses eliminen cláusulas contractuales, sino la forma en la que las eliminan, proponiendo enviar un mensaje claro a los predisponentes con una especificación de los límites de uso de ciertas cláusulas.

<sup>135</sup> Sobre la protección de los profesionales por el “*droit commun*” y la inferioridad e insuficiencia de la tutela, MAZEAUD, D., “Le protection par le droit commun”, en JAMIN, C.; MAZEAUD, D., *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Economica, Paris, 1998, pp. 33 – 54.

<sup>136</sup> Article 1118 Cc.: “*La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section*” (“El perjuicio solo viciará los acuerdos en ciertos contratos o en relación con ciertas personas, como se explicará en la misma sección”).

cláusulas abusivas<sup>137</sup>. Por su parte, en cuanto al principio de buena fe, aunque éste podría llevar a sancionar de forma general los desequilibrios contractuales, los tribunales franceses no son tendentes a utilizar directamente este principio para eliminar aquellos desequilibrios más relevantes, como sí lo hacen los alemanes, tal y como estudiaremos en el apartado correspondiente. La noción de buena fe inspira en Derecho francés ciertas decisiones pero no constituye una técnica jurídica autónoma<sup>138</sup>. En el mismo sentido se puede argumentar la insuficiencia de la figura del abuso de derecho, en la medida en que también los tribunales franceses son reacios admitir el abuso de derecho en materia contractual<sup>139</sup>. Por último, sí que disponen los tribunales de un poder de revisión de las cláusulas penales ya que, en virtud del art. 1152 Cc francés, pueden moderar aquellas penas convenidas que sean excesivas –o irrisorias-<sup>140</sup>.

Existen otros preceptos de Derecho general de obligaciones –no reservados, por tanto, para contratos con consumidores- que podrían utilizarse para luchar contra cláusulas abusivas concretas. Por una parte, el Código civil francés determina que la presencia de ciertas cláusulas implica una causa de nulidad del contrato, como aquellas cláusulas que hacen depender la ejecución del contrato de la voluntad de una de las partes (artículo 1174 Cc.), cláusulas en virtud de las cuales se determina unilateralmente el precio de venta (artículo 1591 Cc.) o cláusulas por las que uno de los contratantes se encuentra obligado por un contrato cuya duración puede continuar indefinidamente. Por otro lado, se pueden reputar como no escritas, entre otras, aquellas cláusulas que tienden a suprimir o a reducir la garantía en caso de vicios ocultos de la cosa vendida (artículo 1643 Cc.) o aquellas por las

---

<sup>137</sup> HUET, J., CABRILLAC, R., “Validité – Objet (art. 1121 à 1123)”, en CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, p. 36. Tendremos ocasión de volver sobre esta cuestión en el apartado relativo a la reforma del Derecho de obligaciones francés. Acerca de la relación de la causa y la lesión, ver GHESTIN, J., *Cause de l’engagement...*, op. cit., pp. 701 – 713.

<sup>138</sup> Tal y como señalan WHITTAKER, S.; ZIMMERMANN, R., “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER, W. (ed.), *Good faith in European contract law*, Cambridge University, 2000, p. 38, si se analiza el impacto de la buena fe en el Derecho de contratos francés, “nadie respondería que la idea de la buena fe inspira muchas de las soluciones actuales a problemas legales”.

<sup>139</sup> CALAIS-AULOY, J.; STEINMETZ, F., *Droit de la consummation...*, op. cit., pp. 201 – 202.

<sup>140</sup> Según el artículo 1152 Código civil francés, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria, siendo nula toda estipulación en contrario (“*Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite*”).

Como veremos, en nuestro ordenamiento jurídico es posible moderar las cláusulas penales cuando están pensadas para un incumplimiento total y se produce un incumplimiento parcial. No se permite al juez, por el contrario, reducir una pena por ser excesiva o desproporcionada si se ha producido el incumplimiento para el que había sido prevista. En todo caso, nos remitimos al epígrafe correspondiente en el Segunda parte. Capítulo III. I, epígrafe 6.

cuales un transportista pretende exonerarse de su responsabilidad por la pérdida o deterioro de los objetos transportados (artículo L. 133-1 Código de comercio). Son, como se puede apreciar, soluciones que implican una protección meramente puntual para aquellos casos más evidentes que no suponen un cambio en la idea de la insuficiencia de instrumentos para el control en la contratación entre empresarios<sup>141</sup>.

Se puede concluir, por tanto, que las relaciones mediante condiciones generales entre empresarios necesitan de una regulación efectiva en el Derecho francés, con directrices más claras sobre qué se entiende por abusivo y qué cláusulas pueden ser eliminadas. Esta carencia general no tiene solución a través del Derecho de consumo y no se ve cubierta con el recurso a las normas generales contenidas en el Código civil.

Ha sido el Código de comercio el que, a raíz de una reforma en 2008, ha albergado una especie de norma de control en las relaciones entre empresarios. Por otra parte, un sector de la doctrina, aprovechando la época de reforma del Derecho francés de las obligaciones, aboga por integrar una regla general de control del equilibrio de los derechos y obligaciones recíprocos en el contrato que permita a todo contratante, profesional o particular, solicitar la revisión de aquellas cláusulas que pudieran calificarse como “abusivas”.

Cerrando la sección de los mecanismos protectores existentes en las relaciones entre empresarios, nos centraremos, precisamente, en el análisis de la regla incluida en el cláusulas abusivas en la contratación empresarial para pasar, posteriormente, a recoger unas notas sobre los proyectos de reforma francés del Derecho de obligaciones, completando el apartado con el estudio acerca de la incorporación de la mencionada regla general de control.

### **1.2.ii. La Ley para la Modernización de la Economía: el artículo L. 442-6 I 2º del Código de comercio**

La llamada Ley para la Modernización de la Economía<sup>142</sup>, junto a otras modificaciones, algunas de las cuales suponen un refuerzo de la protección del consumidor y del no

---

<sup>141</sup> No descubrimos nada nuevo si decimos que estos supuestos, en líneas generales, están contemplados también en nuestro ordenamiento jurídico. Entre otros, el art. 1256 del Cc español, como sede de la prohibición de que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, o el art. 1485.II del mismo texto, declarando nula la limitación de responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe, serán objeto de análisis en los siguientes capítulos.

<sup>142</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août, de Modernisation de l'Économie.

profesional en el Código de consumo<sup>143</sup>, introduce en el Código de comercio un mecanismo en las relaciones entre los profesionales que guarda ciertos parecidos con la protección frente a las cláusulas abusivas. Vaya por delante, sin embargo, que hay una diferencia principal de base y es que los instrumentos de tutela de la norma mercantil no se limitan a los contratos predispuestos sino que resultan de aplicación a todos los contratos, negociados y no negociados<sup>144</sup>. Esto no quiere decir que en algunos supuestos no pueda ser tenido en cuenta el factor de imposición de las cláusulas, como es el caso que nos ocupa.

Así, el artículo L. 442-6 I 2º, Libro IV, Capítulo II, *De las prácticas restrictivas de la competencia*, recoge la responsabilidad y obligación de todo productor, comerciante, industrial o persona en el desempeño de un oficio de reparar los perjuicios causados como consecuencia de “*someter o intentar someter a la otra parte comercial a obligaciones que creen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*”<sup>145</sup>. Aunque no se exige formalmente la predisposición del contenido contractual está claro que la ausencia de negociación y el hecho de que una parte se pliegue a la voluntad unilateral del otro contratante –característica de los contratos predispuestos–, encaja con la idea que subyace en los términos “someter” o “intentar someter”.

A primera vista, parece evidente la influencia del Derecho de consumo en el citado artículo en la medida en que hace referencia a las cláusulas que generen un “*desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*”, expresión similar a la del artículo L132-1 del Código de consumo y que podría llevar a pensar que se ha introducido

---

<sup>143</sup> Ver nota pie página número 94.

<sup>144</sup> PICOD, Y., *Les clauses abusives*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

<sup>145</sup> Article L.442-6 I Code commerce: “I. Engage la responsabilité de son auteur et l’oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: [...] 2º De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.”

El precepto ha sido modificado por dos normas, la primera, la Loi nº 2010-874, 27 juillet 2010, y la segunda, recientemente a través de la Loi nº 2014-344, 17 mars 2014. Las reformas, no obstante, no han afectado a este apartado en concreto y sí a otros supuestos que recoge el artículo y que son penalizados con la nulidad por restringir la libre competencia.

Curiosamente, cabe resaltar que este artículo ha sido objeto incluso de una cuestión de constitucionalidad, presentada por una gran empresa distribuidora (DARTY) planteando la conformidad de sus disposiciones (la sanción del desequilibrio con multas) con los derechos y libertades que la Constitución garantiza. El Consejo Constitucional, sin embargo, en su Decisión de 13 de enero de 2011 (Décision nº 2010-85 QPC), concluye la conformidad del artículo con la Constitución puesto que el concepto “desequilibrio significativo” no es desconocido en el ordenamiento jurídico francés y los criterios para determinarlo están suficientemente desarrollados y clarificados por la jurisprudencia por ser una noción clave en el Derecho de consumo. No hay peligro, pues, de una interpretación arbitraria del mismo.



un control frente a las cláusulas abusivas en las relaciones comerciales<sup>146</sup>. Sin embargo, aunque la reforma se presenta como lo que parece ser una modificación sustancial del Derecho francés, la influencia real del Derecho de consumo sobre el Derecho de la competencia es relativa, siendo necesarias una serie de apreciaciones.

En primer lugar, si bien la *ratione personae* del artículo L.442-6 I 2º Ccom se refiere claramente a las relaciones entre “*partenaires commerciaux*”, la *ratione materiae* es más imprecisa que en el caso del Derecho de consumo: el “*desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*” al que hace mención es el generado por las “obligaciones” y no por las “cláusulas” como en el caso del artículo L.132-1 del Código de consumo<sup>147</sup>. Por otra parte, a pesar de ser utilizada esta expresión en ambas normas, no es evidente que la aproximación a su interpretación deba ser la misma en los dos casos: las situaciones de hecho son suficientemente diferentes para justificar un tratamiento jurídico diferenciado<sup>148</sup>. Efectivamente, aunque el objetivo de los textos es similar, esto es, sancionar los abusos susceptibles de ser cometidos por un contratante dominante, hay quien piensa que el artículo L. 442-6 I 2º Ccom parece haber sido creado para atemperar la negociación de tarifas y condiciones de venta, huérfanas de regulación con la supresión del punto 1º del mismo precepto -referente a la prohibición de discriminaciones-, intención alejada de la figura de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que, precisamente, no entran a valorar los desequilibrios en relación con el precio<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> FAGES, B., “Obligations en général, Effets du contrat, La clause de défaut croisé emporte-t-elle un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties?”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 1, janvier/mars 2009, pp. 116 - 118. El autor, en su comentario a la sentencia Cass. Civ. 1, de 27 de noviembre de 2008, nº 07-15226, acerca de un contrato que incluye una cláusula de vinculación por impago, señala que, después de que la Ley para la Modernización de la Economía haya exportado del Código de consumo el criterio de calificación de las cláusulas abusivas para introducirlo en el Código de comercio, toda sentencia que califique como abusiva una cláusula contenida en un contrato de consumo puede adquirir una relevancia particular, sobre todo si se trata de una estipulación frecuente en los contratos entre empresarios.

<sup>147</sup> SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 55.

<sup>148</sup> BUY, F., “Entre droit spécial et droit común: l’article L. 442-6,I,2º du Code de comerce”, *Petites affiches*, nº 252, 17 decembre 2008, p. 3.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 4. La Ley para la Modernización de la Economía suprime el artículo L. 442-6 I 1º, regulador del principio cardinal del Derecho económico francés de prohibición de discriminaciones. Dicho artículo prohibía el hecho de “*pratiquer, à légard d’un partenaire économique ou d’obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d’achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour un partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence*”. BUY señala como una gran diferencia entre el artículo del Código de comercio y el que podría ser equivalente en el Derecho de consumo el hecho de que el texto mercantil considere como abuso el hecho de obtener o intentar obtener de la otra parte negocial una ventaja que no se corresponde con ningún servicio efectivamente prestado o manifiestamente desproporcional en relación con el valor del servicio prestado, mientras que el artículo L.132-1 del Código de consumo prohíbe de modo expreso que se pueda controlar mediante las cláusulas abusivas un desequilibrio referente al precio. Acerca de la supresión del artículo L. 442-6 I 1º y la inclusión del punto 2º, ver MAINGUY, D.; RESPAUD, J.L.; DESTOURS, S., “Droit de la distribution”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, nº 19, 7 mai 2009, pp. 22 – 29. Acerca de la supresión de dicho artículo y de las vías restantes para limitar las discriminaciones, DIENY, E., “La

A ello se le suma que, mientras que en Derecho de consumo el solo desequilibrio permite la aplicación del control del artículo L. 132-1 puesto que se entiende que, al ser el contrato de consumo un contrato de adhesión, el consumidor es la parte débil y su consentimiento se presume forzado, en el caso de la contratación profesional no ocurre así. No existe, como decíamos, ninguna mención acerca de la necesidad de que las partes se encuentren, por ejemplo, en una relación de dependencia económica<sup>150</sup> ni tampoco de que se trate de un contrato de adhesión<sup>151</sup>. Por último, en lo que al concepto de “*déséquilibre significatif*” se refiere, junto a esta figura que, a primera vista parece ser la noción clave y central del control de abusos en las relaciones entre profesionales en el sentido del Derecho de consumo, subsisten alrededor otra serie de situaciones que sancionan igualmente abusos y que hacen que el concepto analizado, en principio de gran trascendencia, esté, en cierto modo, diluido<sup>152</sup>.

Más allá de los matices respecto a la noción de desequilibrio significativo, existen otra serie de aspectos a destacar no menos importantes. La sanción que se prevé en el artículo L. 442-6 I 2º no es equivalente a la recogida en el artículo L. 132-1 del Código de consumo. Así, la consecuencia de que se genere el desequilibrio significativo en las relaciones entre empresarios no es la supresión de la cláusula, como en el caso de los contratos con consumidores, sino, entre otras, la responsabilidad y la obligación de reparar los perjuicios causados a la contraparte.

---

prohibition des discriminations après l’abrogation de l’article L. 442-6-I, 1º du Code de commerce”, *Concurrences*, nº 2, 2009, pp. 89 – 97.

<sup>150</sup> MALAURIE-VIGNAL, M., “Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle?”, *Contrats Concurrente Consommation*, nº 11, novembre 2008, p. 17. La autora se pregunta si el hecho de aceptar libremente las condiciones que suponen un desequilibrio implicaría un obstáculo a la aplicación del artículo L. 442-6 del Código de comercio, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia según la cual el hecho de haber concluido voluntariamente un contrato con una cláusula de exclusividad excluye el abuso de dependencia económica en el sentido del artículo L. 420-2 del Código de comercio (artículo que regula dicha figura).

<sup>151</sup> Aunque, como se ha señalado antes, la imposición de un contrato tipo predispuesto será un claro indicio a favor de que, en su caso, la cláusula se considere generadora de un desequilibrio significativo. Así, RIERA-THIEBAULT, K.; COVILLARD, A., “La notion de déséquilibre significatif visée à l’article L. 442-6,I,2º du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels?”, *Gazette du Palais*, vol. 133, núm. 1, 13 – 14 février 2013, p. 207, señalan que el desequilibrio significativo se presume cuando la cláusula presenta un carácter unilateral no negociado sin contrapartida y desproporcionado. Tras el análisis de diversas cláusulas sancionadas por los tribunales, las autoras ponen de relieve que el punto en común en muchas de ellas –además de la desproporción y ausencia de contrapartida– es que se trata de cláusulas determinadas unilateralmente, no negociadas.

<sup>152</sup> MALAURIE-VIGNAL, M., “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., p. 14. Podemos citar las “condiciones manifiestamente abusivas respecto a los precios, los plazos de pago, las condiciones de venta o los servicios no correspondientes a las obligaciones de compra y de venta” (artículo L. 442-6 I 4º), las condiciones “manifiestamente abusivas” (artículo L. 442-6 I 7º) o la sanción de la ventaja “manifiestamente desproporcionada” (artículo L. 442-6 I 1º).

El art. L.442-6.III Ccom legitima para ejercitar la acción “toda persona interesada” (entre ellos, obviamente, la parte contractual afectada), en cuyo caso la “sanción” de haber sometido al contratante a un desequilibrio significativo sería la ya mencionada indemnización por los perjuicios sufridos. Pero también legitima, por otra parte, al Ministerio Público, al Ministro de Economía y al Presidente de la Autoridad de la Competencia, en cuyo caso, además de reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos, podrán ordenar el cese de las prácticas, la nulidad de las cláusulas o del contrato y, sobre todo, imponer una multa, que puede llegar a ser el triple del importe de las sumas indebidamente pagadas<sup>153</sup>. No parece, por lo tanto, que el contratante afectado por el desequilibrio significativo pueda lograr la nulidad de la cláusula ejercitando la acción correspondiente. Además, el elenco de legitimados activamente para el ejercicio de la acción y algunas de las consecuencias es bastante elocuente en cuanto a la naturaleza de la misma.

Aunque de menor entidad, también podemos señalar diferencias respecto a la carga de la prueba, que, en el caso de la contratación entre empresarios, correspondería a aquella parte que quisiera beneficiarse de la abusividad de la cláusula, sin que exista una presunción de abuso como en la contratación con consumidores, y diferencias en cuanto a la estructura de la regulación del mecanismo de control, puesto que no recoge el Código de comercio ninguna lista de cláusulas que se presumen o que son irrefutablemente abusivas.

En este sentido, es importante volver a traer a colación la resolución del *Conseil Constitutionnel* de 13 de enero de 2011 (decisión 2010-85 QPC), que considera que los jueces se pueden inspirar en la jurisprudencia relativa al art. L.132-1 del Código de consumo para su aplicación del art. L.442-6.I.2° Ccom. Eso sí, como se ha precisado posteriormente, si bien pueden inspirarse para delimitar los contornos de la infracción de desequilibrio significativo, no pueden recurrir a un razonamiento por analogía en cuanto el campo de aplicación de ambos textos es distinto<sup>154</sup>.

Por último, dada la particularidad del Derecho francés de la competencia, cuya regulación sobre prácticas restrictivas no pretende tanto preservar la competencia en el mercado como equilibrar las relaciones entre las partes económicas, especialmente en el sector de la

<sup>153</sup> Según la Corte de Casación comercial (Cas. Com. 21 janvier 2014, n° 12-29166), la multa civil no tiene como objeto reparar un perjuicio sino reprimir las prácticas prohibidas por el legislador y evitar que se repitan (“[...] l’amende civile prévue par l’article L. 442-6 III du code de commerce a pour objet, non de réparer un préjudice, mais de réprimer les pratiques interdites par le législateur pour en empêcher la réitération [...]”).

<sup>154</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de París de 29 de octubre de 2014 (Cour D’Appel de Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059).

distribución, y una vez analizada una cierta –aunque matizada– relación entre el artículo L.442-6 I 2º y el artículo L.132-1 del Código de consumo, la doctrina se ha preguntado acerca del enfoque que se le debe dar al primer artículo: ¿una interpretación civilista (o, más bien, contractual) del desequilibrio significativo o una interpretación concurrencial, retomando la condición del abuso de dependencia?. Hay autores<sup>155</sup> que estiman que si la jurisprudencia adoptara una interpretación del texto en cuestión desde el punto de vista de Derecho de la competencia, en base a la condición de la dependencia, la reforma no habría servido para nada<sup>156</sup>, mientras que quienes defienden la interpretación concurrencial<sup>157</sup> entienden que la situación de dependencia está igualmente implícita para aquel al que se le impone un desequilibrio desfavorable. En cuanto a la aceptación de una postura contractualista, se ha señalado como aspecto negativo el riesgo de conducir a un control generalizado del equilibrio contractual con la consiguiente incertidumbre jurídica<sup>158</sup>. En el derecho de la distribución, las partes no se encuentran necesariamente en una situación de desigualdad, con lo que no todo desequilibrio significativo debería ser sancionado por sí solo, especialmente si la Ley para la Modernización de la Economía pretende reforzar la libertad de negociación. Una solución para este peligro, se ha dicho, residiría en conectar el desequilibrio significativo con la noción de buena fe, entendiendo que se debe exigir a tal desequilibrio, para que pueda ser condenado, que sea contrario a la buena fe contractual<sup>159</sup>.

Desde la entrada en vigor del artículo que nos ocupa hasta la actualidad, se han adoptado algunas resoluciones que pueden orientar respecto del enfoque del mismo<sup>160</sup>. Los supuestos se encuadran en contratos de distribución y las cláusulas que se han valorado como generadoras de un desequilibrio significativo en el sentido del art. L.442-6 I 2º Ccom<sup>161</sup>, de la forma en que están configuradas, aprovechan al distribuidor y suponen una posición claramente desventajosa para el proveedor sin que, además, se demuestre la existencia de otra condición que implique un reequilibrio de las partes. Así ocurre con las cláusulas relativas a

---

<sup>155</sup> MALAURIE-VIGNAL, M., “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., pp. 16 – 17.

<sup>156</sup> A partir del artículo L. 442-6 I 2º se sanciona el “desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes” en lugar de la noción utilizada anteriormente “*abus de la relation de dépendance*” o “*puissance d’achat*”.

<sup>157</sup> FERRIER, D.; FERRÉ, D., “La réforme des pratiques commerciales (Loi numéro 2008-776 du 4 août 2008)”, *Recueil Dalloz Sirey*, n° 32, 18 septembre 2008, pp. 2235 – 2240.

<sup>158</sup> MALAURIE-VIGNAL, M., “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., p. 17.

<sup>159</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 17.

<sup>160</sup> Entre otras, Tribunal de Commerce de Lille, 7 septembre 2011, n° 2009/05105; Cour D’Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 juillet 2013, n° 12/07651; Cour D’Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 4, 11 septembre 2013, n° 11/17941.

<sup>161</sup> Sin perjuicio de las indemnizaciones a la contraparte, en lo referente a las multas impuestas, éstas ascienden en los ejemplos tomados a 1.000.000 de euros en los fallos del Tribunal de Commerce de Lille y de la Cour D’Appel de Paris, de 11 septembre 2013, y a 600.000 euros en el caso de la Cour D’Appel de Paris, 4 juillet 2013.

la revisión de precios o tarifas que, aunque son lícitas, para no ser consideradas como generadoras de un desequilibrio significativo deben guardar una cierta reciprocidad e impedir que toda bajada de precios repercuta siempre negativamente en el proveedor o que el distribuidor pueda tener una absoluta discrecionalidad al respecto<sup>162</sup>. También con las relativas a la “*taux de service*”<sup>163</sup>, tasa o nivel de servicio al que se obliga el proveedor en las sentencias citadas que también genera un desequilibrio significativo pues es muy elevada (98.5%)<sup>164</sup>, es de aplicación automática -sin tener en cuenta otras circunstancias- y no está claramente especificada su definición y cómo ha de calcularse. Por otra parte, las cláusulas en virtud de las que el proveedor debe recoger y quedarse con los productos sin vender, suponen cargar al proveedor con todas las consecuencias de una bajada de ventas de un producto –que, además, al desconocer, no puede gestionar de cara una reventa posterior- así como con los costes de la recogida<sup>165</sup>.

También referidas en su mayoría a contratos de distribución, se han considerado generadoras de un desequilibrio significativo algunas cláusulas de terminación unilateral del contrato -sin preaviso y sin indemnización o dependiendo de la voluntad unilateral de una de las partes-<sup>166</sup>; cláusulas relativas a los plazos de pago –imposición de pagos anticipados desproporcionados y en asimetría con las condiciones de pago de la contraparte-<sup>167</sup>; o cláusulas penales exorbitantes<sup>168 169</sup>. Muchos de estos supuestos serán también objeto de cuestionamiento en el ordenamiento jurídico español.

Esta norma del Código de comercio, por lo tanto, está situada entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia pero con una intención y filosofía más vinculada con este último. Ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas son compartidos plenamente con los de un régimen de control de contenido en contratos predispuestos. Solo hace falta recordar, a modo de detalle, la legitimación activa para la acción y la importancia que representa la multa dentro del sistema de sanciones del precepto, fruto sin duda de que, en última instancia, se esté preservando la afectación de la competencia y, por ende, del orden

<sup>162</sup> La Corte de Apelación de París, en su sentencia de 4 de julio de 2013, en este sentido, señala la importancia de que el proveedor tenga conocimiento de la evolución de los precios durante el contrato para su competitividad.

<sup>163</sup> La tasa o nivel de servicio del proveedor, es decir, el porcentaje obligatorio de respuesta a un pedido. Según lo describe la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 4 de julio de 2013, la diferencia de cantidades entre los pedidos y las entregas.

<sup>164</sup> Cour D’Appel de Paris, 11 septembre 2013.

<sup>165</sup> Cour D’Appel de Paris, 4 juillet 2013.

<sup>166</sup> Tribunal de Commerce de Meux, 6 décembre 2011, n° 2009/02295.

<sup>167</sup> Tribunal de Commerce de Lille, 6 janvier 2010, n° 2009-5184; Tribunal de Commerce de Meaux, 6 décembre 2011, n° 2009/02295.

<sup>168</sup> Tribunal de Commerce de Lille, 6 janvier 2010, n° 2009-5184.

<sup>169</sup> RIERA-THIEBAULT, K.; COVILLARD, A., “La notion de déséquilibre significatif...”, op. cit., pp. 206 – 208.

público económico. Aunque el art. L.442-6.I.2º Ccom pueda perseguir algunos objetivos comunes a los del Derecho de condiciones generales –la protección de la parte débil frente a desequilibrios significativos-, y en este sentido sí que puede amparar ciertos supuestos protegibles también vía control de contenido en condiciones generales, al primero le preocupa la competencia y el equilibrio del mercado y al segundo paliar el déficit de autonomía de la voluntad en la formación del contrato.

### 1.3. Reforma del Derecho de obligaciones

Como hemos visto hasta ahora, la visión que se tiene del control de contenido en la contratación predispuesta entre empresarios en el Derecho francés es la de una regulación desmembrada, a través de diferentes fórmulas que van desde el control más expreso que se deriva del artículo L. 442-6 I 2º Ccom hasta el recurso a reglas generales de Derecho de obligaciones, como puede ser la causa en la doctrina *Chronopost* para las cláusulas limitativas de responsabilidad. Dado este panorama, se ha apuntado por parte de la doctrina la posibilidad, aprovechando la situación de reforma en la que está inmerso el Derecho de obligaciones francés, de introducir en el mismo una regla general que permitiera el control de los abusos contractuales para cualquier tipo de adherente<sup>170</sup>.

Las intenciones de reforma del Derecho de obligaciones en Francia se plasmaron, inicialmente, en tres textos diferentes: el Ante-proyecto de reforma del Derecho de obligaciones y de la prescripción, conocido como *Avant-projet Catala* (2005)<sup>171</sup>, el más inspirado en la tradición histórica francesa; un Anteproyecto del Ministerio de Justicia francés, el Proyecto de reforma del Derecho de contratos de la Cancillería (primera versión,

---

<sup>170</sup> A partir de esta idea, SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., pp. 57 – 61, sugiere una disposición basada sobre la noción del desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato para aquellas cláusulas no negociadas. Por su parte, MAZEAUD, D., “Plaidoyer en faveur d’une règle générale...”, op. cit., pp. 325 – 352, argumenta la apuesta por la integración de una regla general basada en la sanción del abuso de dependencia, esto es, una regla que, en el caso de que la formación del contrato esté caracterizada por una situación de dependencia entre los contratantes –situación que requiere la imposibilidad de negociar libremente la cláusula- se prevea la revisión o anulación del contrato afectado por un desequilibrio contractual excesivo. Según el autor, en la normativa y jurisprudencia actuales se pueden encontrar signos de esa voluntad de crear una regla general en el Derecho de contratos francés.

<sup>171</sup> En septiembre de 2005 es presentado al Ministro de Justicia francés, por un grupo de juristas franceses, bajo la dirección de Pierre Catala un Ante-proyecto de reforma que pretendía la mayor reforma del Código civil llevada a cabo desde su entrada en vigor en 1804 alterando varios aspectos centrales del derecho de contratos, entre otros. Acerca de este Ante-proyecto Catala, ver CATALA, P., “Présentation générale de l’avant-projet”, en CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, pp. 11 – 16; CORNU, G., “Introduction, Des obligations”, en CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, pp. 19 – 24; CARTWRIGHT, J.; VOGENAUER, S.; WHITTAKER, S., *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Hart, Oxford, 2009, 930 p.

2008)<sup>172</sup>; y, por último, el *Projet de réforme du droit des contract de l'Academie des Sciences Morales et Politiques*, denominado Proyecto Terré (2009)<sup>173</sup>, que, al contrario del proyecto Catala, presenta un perfil innovador dando cabida, más bien, a las nuevas corrientes de Derecho europeo de los contratos<sup>174</sup>.

Si entramos en el contenido de los distintos proyectos de reforma respecto a lo que aquí nos ocupa, la contratación no negociada y las opciones de control material en estos supuestos, cabe señalar que todos recogen la figura del “*contrat d’adhésion*” –en el caso del proyecto Catala (art. 1102(5)) y de la Cancillería (art. 11)- o de las “*conditions générales*” –en el caso del proyecto Terré (art. 23(2))- de forma general, para todo adherente<sup>175</sup>. En cuanto a la previsión de reglas que pudieran conllevar un control de contenido, existen diferencias entre las figuras a las que recurren los distintos textos. En el caso del Proyecto Catala, caracterizado por su conservadurismo, la doctrina de la causa sigue presente como base legal para la eliminación de ciertas cláusulas al estipular su art. 1125(2), respecto de todo contrato, que “*se reputa como no escrita toda cláusula inconciliable con la realidad de la causa*” (recordamos la famosa saga *Chronopost*)<sup>176</sup>. Como mención innovadora, cabe señalar que la no negociación tiene relevancia en este texto respecto de la posibilidad de controlar el contenido de un contrato. Así, aquella cláusula que cree en el contrato un desequilibrio significativo en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a la demanda de ésta, en el caso en el que la ley la proteja por una disposición particular, especialmente por su cualidad de consumidor o aún aquellas que no hayan sido

<sup>172</sup> Ha habido varias versiones desde la primera en 2008. Nosotros utilizamos el texto de mayo de 2009 (disponible en: [http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD\\_contrats/projet\\_contrats\\_mai\\_2009.pdf](http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf)). Sobre el proyecto de reforma de la Cancillería y sus líneas generales, LEVENEUR, L., “Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats: à améliorer”, *Contrats Concurrente Consommation*, nº 11, novembre 2008, pp. 1 – 2.

<sup>173</sup> Texto y comentarios de este proyecto en TERRÉ, F., *Pour une réforme du droit des contrats: réflexions et propositions d’une groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009.

<sup>174</sup> Un estudio en español del Anteproyecto Catala en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción: (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 60, núm. 2, 2007, pp. 621 – 848. Algunas notas en general acerca de estos proyectos en español en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Observaciones comparadas de los Proyectos*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 206 – 209; SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”, *InDret*, núm. 1, enero 2013, pp. 18 y ss.

<sup>175</sup> Asimismo, incluyen expresamente la regla de interpretación *contra proferentem* y prevén un control de incorporación –en el caso de los proyectos de la Cancillería (art. 24) y Terré (art. 23(2)), no así en el proyecto Catala-.

<sup>176</sup> Esta disposición ha sido criticada en la medida en que se limita a mantener el *status quo* precedente sin aportar directrices que los jueces puedan seguir para llevar a cabo su tarea de eliminar las cláusulas que sean incompatibles con las obligaciones fundamentales del contrato. Ver SEFTON-GREEN, R., “La cause or the length...”, op. cit., pp. 112 – 113, 115.

negociadas (art. 1122(2)). Este precepto permitiría, no sólo que un consumidor pueda solicitar la revisión o supresión de una cláusula que podría ser calificada de “abusiva”, tanto si ha sido negociada como si no lo ha sido, sino también que todo contratante, esto es, tanto consumidor como profesional, pueda solicitar dicha revisión o supresión en aquellos casos en los que la cláusula no haya sido negociada<sup>177</sup>.

En cuanto a los proyectos de la Cancillería y Terré, en ambos textos se recoge una disposición similar, ya prevista expresamente para las cláusulas no negociadas y todo adherente. De esta forma, aludiendo al mismo criterio -el desequilibrio- se permite el control de contenido de aquellas condiciones que creen un “*déséquilibre significatif*” en el contrato, si así lo solicita la parte perjudicada<sup>178</sup>. Mientras que en el caso del proyecto de la Cancillería, el juez puede solo suprimir la cláusula, en aplicación del proyecto Terré, del mismo modo que ocurría en el Catala, se le permite tanto la supresión como su revisión.

Si el paso del tiempo desde que viera la luz en 2005 el primero de los proyectos -el Proyecto Catala- y la aparición de diversos textos, podía hacer pensar que la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos no llegaría, parece que desde finales de 2013 se acelera y, tras varias idas y venidas<sup>179</sup>, está abierto en la actualidad un proceso de

---

<sup>177</sup> A favor de esta interpretación, SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 54. En contra, considerando que solo se ven afectados los contratos con consumidores, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 207.

La autora (SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., pp. 54 – 57), se mostró en su momento favorable a una norma así ante la falta de regulación al efecto en el Derecho interno mediante otros mecanismos. Consideraba justificada la incorporación de una disposición de esta naturaleza en el Derecho de contratos de cara a erradicar las cláusulas abusivas, sin que esto supusiera una desnaturalización del Código civil dado que, tanto el legislador nacional como los legisladores de otros países europeos, tienen una voluntad de proteger al contratante víctima de un desequilibrio.

<sup>178</sup> El art. 79 del Proyecto de la Cancillería dispone que: “*Une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l’objet du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation*”. Por su parte, en virtud del art. 67 del Proyecto Terré: “[...] *la clause non négociée que crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l’une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande*”.

<sup>179</sup> En noviembre de 2013 se presenta un Proyecto de Ley en el Senado por el que, de ser aprobado, se habilitaría al gobierno a legislar por *ordonnances* (sin debates parlamentarios) las medidas de simplificación del derecho y de los procedimientos en el ámbito de la justicia y asuntos internos. Con esto, se pretendía tomar las medidas necesarias para “[...] *modifier la structure et le contenu du livre III du code civil afin de moderniser, de simplifier, d’améliorer la lisibilité, de renforcer l’accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l’efficacité de la norme [...]*” (art. 3 del Projet de loi depositado en el Senado el 27 de noviembre de 2013). En enero de 2014 el Senado no acepta el Proyecto de Ley en lo referente a la legislación mediante *ordonnances* del Derecho de contratos y obligaciones, suprimiendo el artículo correspondiente (Sénat n° 69, Session ordinaire, 23 janvier 2014). Al respecto, la Comisión de Leyes del Senado había considerado que la reforma del Derecho de obligaciones y contratos, reforma mayor del Código civil, era demasiado importante para ser regulada por *ordonnances*, siendo merecedora de un debate público (comunicado disponible en:



reforma en torno a una propuesta de *Projet d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publicada por el Ministerio de Justicia francés el 25 de febrero de 2015.

Respecto del contenido de este nuevo *Projet d'Ordonnance*<sup>180</sup>, en lo que aquí nos interesa y dado que parece que estará cercano al contenido final de la reforma, cabe señalar que el texto concibe el “*contrat d'adhésion*” como aquel cuyas estipulaciones esenciales, sustraídas a la libre negociación, han sido determinadas por una de las partes<sup>181</sup>, regulando un control de incorporación –pues es necesario que las condiciones generales invocadas por una parte hayan sido dadas a conocer a la otra y las haya aceptado<sup>182</sup>– y, lo más importante, un control material. Así, el juez, a instancia de la parte perjudicada, puede suprimir una cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, dejando fuera de esta apreciación de desequilibrio los elementos esenciales del negocio jurídico<sup>183</sup>. Eso sí, es de resaltar que, si bien en los otros textos de reforma el elemento de la ausencia de negociación tenía presencia en el control de contenido de las cláusulas desequilibradas, parece que aquí este control se extiende a todo tipo de cláusulas, negociadas o no, puesto que el precepto no distingue, ni por su ubicación ni por su redacción<sup>184</sup>.

---

<http://www.senat.fr/presse/cp20140115c.html>). Sin embargo, después de un año de tramitaciones, el 28 de febrero de 2015, la Asamblea Nacional reintroduce de nuevo la habilitación al Gobierno para legislar por este procedimiento (texto n° 467, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0467.asp>), hecho que lleva a sesenta senadores al día siguiente a plantear la constitucionalidad de este artículo ante el *Conseil constitutionnel*. Este órgano, en una decisión del 12 de febrero de 2015, concluye la constitucionalidad del artículo que habilita al Gobierno a legislar mediante *ordonnances* en materia de Derecho de contratos (Décision n° 2015-710 DC, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-710-dc/decision-n-2015-710-dc-du-12-fevrier-2015.143268.html>). Parece, por tanto, que será éste el procedimiento por el que se llevará a cabo en Francia la reforma del Título III del Libro III del Código civil.

<sup>180</sup> Texto disponible en: [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf).

<sup>181</sup> Article 1108(2): “*Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties*”.

<sup>182</sup> Article 1120: “*Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard d l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet*”.

<sup>183</sup> Article 1169: “*Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*”.

<sup>184</sup> Acerca de esta regulación de las cláusulas abusivas podemos remitir a DISSAUX, N., “Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte”, *Droit & Patrimoine*, 240, octobre 2014, pp. 53 – 56; STOFFEL-MUNCK, P., “Les clauses abusives: on attendait grouchy...”, *Droit & Patrimoine*, 240, octobre 2014, pp. 56 – 59. Se trata de comentarios, no sobre el *Projet d'Ordonnance* de febrero de 2015 pero sí sobre el texto del que proviene este proyecto, un documento de trabajo del Ministerio de Justicia francés fechado en octubre de 2013 y publicado a principios de enero de 2014, que tiene exactamente el mismo contenido. Texto disponible en: [http://www.lesechos.fr/15/01/2014/lesechos.fr/0203242436733\\_document---avant-projet-de-reforme-du-](http://www.lesechos.fr/15/01/2014/lesechos.fr/0203242436733_document---avant-projet-de-reforme-du-)

## 1.4. Breve recapitulación

Se observa una cierta progresiva concienciación entre la doctrina francesa acerca de la insuficiencia de los mecanismos correctivos existentes para hacer frente a cláusulas que podrían considerarse como abusivas en la contratación entre empresarios. Ejemplo de ello es la utilización jurisprudencial de la figura de la causa para conseguir la nulidad de ciertas cláusulas. O también la reforma del Código de Comercio y su correlativa inclusión del concepto de “desequilibrio significativo de derechos y obligaciones” en este ámbito, aunque con las salvedades y cautelas que han sido señaladas. El avance más claro en este sentido, sin duda, se produce en los distintos proyectos de reforma del Derecho de obligaciones francés que parece, por fin, va a llevarse a cabo. Hoy por hoy, la conclusión es que no se puede afirmar que exista en el ordenamiento jurídico francés un régimen general de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios, del mismo modo que tampoco existe, como pasaremos a estudiar a continuación, en el sistema italiano.

## 2. Protección en el ordenamiento jurídico italiano

### 2.1. Codice civile: artículos 1341 y 1342

El Código civil italiano, dando respuesta normativa a un problema que la jurisprudencia precedente a la entrada en vigor del texto había advertido, regula en 1942 el fenómeno de las condiciones generales del contrato<sup>185</sup>. El artículo 1341 es el encargado de instaurar un control para este tipo de cláusulas que, como veremos, es meramente formal, sin que el precepto contenga, por otra parte, definición alguna del concepto de “*condizioni generali*”. Han sido la jurisprudencia y la doctrina las que, posteriormente, han precisado el significado de dicha expresión a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la norma<sup>186</sup>.

---

[droit-des-contrats.htm](http://droit-des-contrats.htm) (definición de contrato de adhesión, art. 8(2); control de incorporación, art. 20; control de contenido, art. 77).

<sup>185</sup> NAPOLI, E. V., “Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza”, en BIANCA, C., *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1981, p. 4.

<sup>186</sup> Los elementos constitutivos de la figura serían la predisposición unilateral y las características de generalidad, uniformidad y rigidez de la cláusula predispuesta. Sobre los elementos definitorios de las condiciones generales ver NAPOLI, E. V., “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 4 - 8; PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto*, GALGANO, F. (dir.), I grande orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, n° 28, Cedam, Padova, 1996, pp. 1 - 12.; CESÀRO, E. (dir.), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, vol. III, Cedam, Padova, 1997, pp. 1 y ss.; VALLE, L., “Commentario articoli 1341 e 1342 Codice civile”, en GALGANO, F., *Commentario breve al Codice civile*,

El control al que hace referencia el citado artículo se basa en la cognoscibilidad de las condiciones generales predispuestas por uno de los contratantes (conocía o debía haber conocido desplegando una diligencia normal), requisito para la eficacia de las mismas<sup>187</sup>. A su vez, el apartado segundo del artículo 1341 introduce lo que se han llamado “*clausole vessatorie*”, una serie de cláusulas que, por ser especialmente gravosas para el adherente, no tendrán efecto si no son específicamente aprobadas por escrito<sup>188</sup>. El control de estas cláusulas, lo que en España se conocería como “cláusulas abusivas”, no es un control de contenido sino meramente de incorporación en la medida en que se limita a requerir una específica aceptación<sup>189</sup>.

Por otra parte, el artículo 1342 Cc está previsto para la contratación mediante la suscripción de formularios preparados para el propósito de regular ciertas relaciones contractuales de una manera uniforme, respecto a los que se prevé una regla de prevalencia de las cláusulas añadidas a estos formularios sobre los términos originales de los mismos cuando sean incompatibles con ellos<sup>190 191</sup>.

---

La Tribuna, Piacenza, 2006, pp. 1120 – 1121; CENDON, P.; BALDASSARI, A., *Codice civile, annotato con la giurisprudenza*, Utet Giuridica, Torino, 2006, p. 1587; ZACCARIA, A., *Commentario articolo 1341*, en CIAN G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1420 – 1421.

<sup>187</sup> Artículo 1341.1º Codice civile: “*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*”.

<sup>188</sup> Las cláusulas a las que hace referencia el artículo 1341.2º son, entre otras, cláusulas de limitación de responsabilidad, de terminación del contrato, de limitación de la facultad de oponer excepciones, cláusulas que restringen la libertad contractual en relaciones con terceros o cláusulas de prórroga tácita. Tras una discusión doctrinaria acerca del carácter taxativo o no de este elenco de cláusulas, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han entendido que tiene carácter taxativo y no ejemplificativo. A modo de ejemplo, Sentencia Cass. Civ. Sez. I, 19 de marzo de 2003, nº 4036, *Giustizia Civile, Massimario annotato della Cassazione*, 2003, 1, pp. 553 – 554, afirma que, en el tema de condiciones generales del contrato, el elenco de cláusulas contenidas en el apartado 2 del artículo 1341 del Código civil tiene carácter taxativo, de modo que “*está admitida la interpretación extensiva pero no la analógica*”. En el caso concreto, la cláusula de “*fissazione del termine per i pagamenti*” incluida en un apartado especial relativo al contrato de obras públicas, “*no entra, ni por contenido ni por objeto, entre la hipótesis normativamente prevista como vejatoria*”. Ver CESÀRO, E. (dir.), *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 89 y ss.; PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 207 y ss.; CENDON, P.; BALDASSARI, A., *Codice civile...*, op.cit., p. 1587; VALLE, L., “*Commentario articoli 1341...*”, op. cit., p. 1122; ZACCARIA, A., *Commentario articolo 1341...*, op. cit., pp. 1421 – 1422.

<sup>189</sup> En palabras de CESÀRO, E. (dir.), *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., p. 80, la voluntad del legislador reside en “*assicurare la contrattualità effettiva delle singole clausole onerose inserite nelle condizioni generali di contratto*”.

<sup>190</sup> Artículo 1342 Codice civile: “*Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente*”.

Acerca del concepto de “*moduli*” y de “*formulari*”, ver NAPOLI, E. V., “*Le condizioni generali di contratto...*”, op.cit., pp. 27 – 31; PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 665 y ss.

A la vista de estos artículos, podemos concluir que el control que regulan es meramente formal y su ámbito de aplicación subjetivo incluye cualquier tipo de contratante, esto es, tanto contratos con consumidores como contratos entre empresarios<sup>192</sup>, sin que sea necesaria, además, la debilidad económica de una de las partes. Así, se entiende que es suficiente con que uno de los contrayentes haya predispuesto las condiciones generales del contrato a las que se haya adherido el otro contratante<sup>193</sup>.

La protección que dispensan estas normas se complementa con la previsión del artículo 1370 Cc italiano, que no recoge sino la regla *contra proferentem*, según la cual, las cláusulas insertadas en los contratos con condiciones generales o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se tienen que interpretar, en caso de duda, a favor del otro<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> Parece que la diferencia de ámbito de aplicación entre ambos preceptos se centra en el carácter más “general” de las condiciones recogidas en el 1341 respecto del artículo siguiente, donde el acento se pone en la “predisposición”, ZACCARIA, A., “Commentario articolo 1342”, en CIAN G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, p. 1420. PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., p. 665, entiende que este artículo se centra, no en un problema de formación del contrato, sino de interpretación del mismo.

<sup>192</sup> Respecto a la coordinación con la figura y la disciplina de la tutela del consumidor, RIZZO, V., *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, n.º. 35, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Camerino pp. 108 – 110; VALLE, L., “Commentario articoli 1341...”, op. cit., p. 1126. La autora entiende que el artículo 1341 Cc, desarrolla una función propia en los contratos con consumidores como control formal, complementario al control sustancial recogido en el artículo 33 del Código de consumo.

<sup>193</sup> NAPOLI, E. V., “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 8 – 9. En la misma línea, CESÀRO, E. (dir.), *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., p. 80.

<sup>194</sup> Esta regla interpretativa, que se puede relacionar con el artículo 35.2º del Código de consumo y que no excluye la aplicación de las reglas interpretativas generales recogidas en el artículo 1362 Cc., presenta dos presupuestos de aplicación: por una parte, su ámbito de aplicación está restringido a los contratos recogidos en los artículos 1341 y 1342 Cc.; por otra, es un criterio subsidiario que sólo es de aplicación en los casos en los que la voluntad manifestada en las cláusulas no sea clara (Sentencia Cass. Civ. Sez. III, 8 de marzo de 2001, n.º 3392, *Giustizia Civile*, 52, 2002, 2, pp. 2270 – 2275, respecto de un contrato de distribución de hidrocarburos, no es de aplicación el principio interpretativo recogido en el artículo 1370 Cc. puesto que el contrato del supuesto de hecho es un contrato negociado de modo individual y, por tanto, carece de las características de las condiciones generales de contratación y de los formularios). Acerca de la relación con los artículos 1341 y 1342 Cc., RIZZO, V., *Condizioni generali del contratto...*, op. cit., pp. 315 y ss (en relación con artículo 1341) y pp. 323 y ss. (en relación con artículo 1342). Acerca del precepto, PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 187 y ss.; CESÀRO, E. (dir.), *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 83 – 84; CENDON, P.; BALDASSARI, A., *Codice civile...*, op. cit., p. 1637; SICCHIERO, G., “Commentario articolo 1370 Codice civile”, en GALGANO, F., *Commentario breve al Codice civile*, La Tribuna, Piacenza, 2006, p. 1153; ZACCARIA, A., “Commentario articolo 1370”, en CIAN G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1533 – 1534.

La inexistencia de un instrumento de control de contenido en los artículos específicos precedentes<sup>195</sup> se soluciona para los contratos con consumidores a partir de la transposición en 1996 de la normativa comunitaria de consumo, pues ya en ella se preveía un control específico de contenido mediante una cláusula de buena fe, como se apuntará en el siguiente epígrafe. Quedan sin protección material, sin embargo, los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. La doctrina se planteó, como se ha visto en el caso del ordenamiento jurídico francés y se verá en el nuestro, la posibilidad del empleo de otros mecanismos ya existentes y de aplicación general por tratarse de reglas generales del Derecho de obligaciones. La prohibición general de excluir o limitar la responsabilidad por dolo o culpa grave -declarando tal cláusula nula el artículo 1229 Cc<sup>196</sup>-, el principio de la buena fe<sup>197</sup> o el recurso al orden público, especialmente al orden público económico<sup>198</sup>, son figuras con las que se pretende ejercitar un control sobre las condiciones generales del contrato, permitiendo al juez una intervención sobre la regulación contractual de forma que fuera posible la completa realización de la operación económica en la cual las partes estaban interesadas<sup>199</sup> y transponiendo en cierta medida, así, algunas de las soluciones características de la disciplina de las cláusulas “vejatorias” en los contratos con consumidores a las relaciones contractuales entre empresarios<sup>200</sup>.

<sup>195</sup> Ya en 1983, RIZZO, V., *Condizioni generali del contratto...*, op. cit., pp. 11 - 14, manifiesta la inadecuación del sistema codificado y la necesidad de prestar atención, no sólo a una perspectiva procedimental y a la fase de formación del contrato, sino también a la necesidad de individualizar nuevas formas de control que puedan garantizar una justa regulación desde una perspectiva sustancial. Por su parte, VALLE, L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, en GALGANO, F., *Le monografie di Contratto e impresa*, nº 67, Cedam, Padova, 2004, pp. 342 y ss., pone de manifiesto la limitada eficacia como medio de control de los artículos 1341 y 1342 Cc., en la medida en que sólo aseguran protección en los casos taxativos y sólo en cuando a la incorporación.

<sup>196</sup> Nulidad por exclusión o limitación de responsabilidad por dolo o culpa grave o por constituir una vulneración de obligaciones derivadas del orden público. Artículo 1229 Codice civile: “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”. Sobre la relación entre este artículo y el artículo 1341 C.c., MEMMO, D., *Commentario articolo 1229 Codice civile*, en GALGANO, F., *Commentario breve al Codice civile*, La Tribuna, Piacenza, 2006, pp. 984. Ver, asimismo, CENDON, P.; BALDASSARI, A., *Codice civile...*, op. cit., pp. 1445 - 1446; ZACCARIA, A., “Commentario articolo 1229...”, op. cit., pp. 1273 - 1275.

<sup>197</sup> Según el art. 1337 del Código civil italiano, las partes deben comportarse de buena fe en el desarrollo de las negociaciones en la formación del contrato (“*Le parti, nello svolgimento delle trattative nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”).

<sup>198</sup> Ver RIZZO, V., *Condizioni generali del contratto...*, op. cit., p. 84.

<sup>199</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 74 y ss. El autor sostiene que, de las tres vías en las que es utilizada la buena fe –como instrumento de integración del contrato y fundamentos de obligaciones accesorias, como instrumento de delimitación de las condiciones de ejercicio del derecho y como instrumento para la modificación del contenido del contrato en el sentido de la eliminación de las cláusulas iníquas y de la formación judicial de una regulación de intereses justa y de equidad- es la última la que ha hecho sentir más el peso del principio en materia de condiciones generales del contrato (p. 77).

<sup>200</sup> VALLE, L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie...*, op.cit., p. 362.

En este sentido, se puede traer a colación la sentencia de la Corte de Casación de 2 noviembre de 1998<sup>201</sup>, mediante la cual se declara la nulidad de una cláusula en un contrato de *leasing* entre empresarios que confiere al arrendatario la facultad de pagar al suministrador (“*fornitore*”) antes de que este último haya entregado el bien al usuario, con lo que se invierte el riesgo de la falta de entrega del bien por parte del vendedor. La Corte Suprema entiende que esta cláusula es contraria a la previsión de la buena fe en la ejecución del contrato recogida en el artículo 1375 Cc<sup>202</sup>, de la que se deriva la obligación de garantizar al usuario el goce del bien objeto del contrato.

La figura del abuso del derecho y de la buena fe ha sufrido una revalorización a partir de la muy comentada sentencia de la Suprema Corte de Casación de 18 de septiembre de 2009<sup>203</sup>. En la resolución se recurre a ambas para legitimar el control por el juez del ejercicio de un derecho de desistimiento *ad nutum* incluido en una de las cláusulas de un contrato de concesión de ventas de automóviles. Aunque se trata de un control del ejercicio del derecho y no de la cláusula en sí y no se declara la nulidad de la cláusula sino que se atiende a lo demandado, esto es, el resarcimiento de los daños sufridos por la parte afectada<sup>204</sup>, esta sentencia ha dado pie a que la doctrina se haya replanteado la posibilidad de la buena fe y el abuso del derecho como remedios para tutelar a las partes débiles en el mercado y su vinculación con otras figuras como el abuso de dependencia económica, que tendremos ocasión de ver en epígrafes siguientes<sup>205</sup>.

## 2.2. Codice del consumo: artículo 36.4 y el “derecho de regreso”

Con motivo de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, Italia promulga una nueva legislación mediante la Ley de 6 de febrero de 1996, n. 52 que se incluyó de forma singular en los artículos 1469 *bis* a 1469 *sexies* del Código civil<sup>206</sup>. En 2005, estos artículos pasarán

---

<sup>201</sup> Sentenza Cass. Civ. Sez. III, 2 de noviembre de 1998, n. 10.926, *Foro Italiano*, 121, 1998, 2, pp. 3081 – 3109, comentada por LENER, G., “Commentario sentenza Corte di Cassazione, sezione III civile, 2 novembre 1998”, *Foro Italiano*, 121, n. 2, 1998, pp. 3081 – 3092.

<sup>202</sup> Artículo 1375 Cc.: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

<sup>203</sup> Suprema Corte di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 18 settembre 2009, n.º. 20106.

<sup>204</sup> Lo que, indirectamente, implica privar de efectos a la cláusula.

<sup>205</sup> Al respecto de esta sentencia, señala SCOTTI, A., “Il controllo giudiziale sull’esercizio del diritto di recess nei rapporti di integrazione vertical tra imprese: un problema di mercato”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, p. 140, que es encomiable el intento del Tribunal de colmar la laguna existente en tanto en cuanto el abuso del derecho es una posible vía de tutela para salvaguardar el equilibrio formal y material del contrato. Otros comentarios sobre la referida sentencia se encuentran en BARCELONA, E., “Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: “solidarietà sociale” o inderogabilità del “mercato”? (Note a propósito di Cass. n. 20106/2009)”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, pp. 165 – 216; PARDOLESI, R., “Nuovi Abusi del Diritto: Percorsi di una Clausola Generale”, *Danno e Responsabilità*, vol. 17, num. 12, pp. 1165-1177.

<sup>206</sup> Acerca de la doble regulación en los contratos con condiciones generales, FURGIUELE, G., “Problemas jurisprudenciales en Italia en torno a la prohibición de cláusulas abusivas”, *RDP*, febrero 2001, pp. 141y ss.

a integrar el llamado *Codice de consumo*<sup>207</sup>, recogiendo en el artículo 33 y siguientes un control de contenido, mediante una cláusula que hace referencia, de forma similar a la Directiva, a la buena fe y al desequilibrio significativo de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor<sup>208</sup>. Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación de esta protección se restringe a los consumidores, sin que, por tanto, el ordenamiento jurídico italiano prevea, en esta sede, tutela para el empresario adherente<sup>209</sup>.

No obstante, debemos hacer referencia a una novedad que presenta la normativa italiana respecto a la Directiva del año 1993 y que se ubica en el artículo 36.4 del Código de consumo –antiguo 1469 *quinquies*, 4º del Código civil. En esta disposición se establece un “derecho de regreso” del vendedor respecto a su proveedor. Concretamente, el texto normativo recoge la previsión de que un vendedor minorista tiene el derecho a reclamar a su proveedor una compensación por los daños que pueda haber sufrido si las cláusulas en el contrato del minorista con el consumidor han sido declaradas abusivas<sup>210</sup>. Nos encontramos con sorpresa, en un contexto de disciplina dedicada a la protección del consumidor, con una exigencia de tutela a favor de un sujeto de la cadena interna de la distribución comercial<sup>211</sup>.

Para comprender el alcance del precepto y poder establecer una comparación con la protección que se le otorga al consumidor, debemos partir del análisis del tipo de medida correctora que se ha incluido en el Código de consumo y que afecta a un contrato entre empresarios. Se trata del reconocimiento de un “*diritto di regresso*”, respecto de cuya

<sup>207</sup> Ley 6 de septiembre de 1995, n. 206.

<sup>208</sup> En la definición de cuándo una cláusula es considerada abusiva se recurre a los términos ya conocidos -contrariedad con la buena fe que conlleva un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio del consumidor (“*malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”)-, completando esta cláusula general con una listas de cláusulas que se presuponen abusivas.

<sup>209</sup> El artículo 33.1 del Código de consumo extiende la aplicación de la normativa referente a las cláusulas abusivas solamente a los contratos entre un consumidor y un profesional. Acerca de la noción restringida de consumidor, FURGIUELE, G., “Problemas jurisprudenciales en Italia...”, op.cit., pp. 142 – 144; LUCCHESI, F., “Commentario articolo 3”, en VETTORI, G. (dir.), *Codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007, pp. 45 – 64.

<sup>210</sup> “*Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i dan che ha subito in conseguenza della declaratoria d’inefficacia delle clausole dichiarate abusive*”.

<sup>211</sup> Según PASSAGNOLI, G., “Commentario articoli 36, 38”, en VETTORI, G. (dir.), *Codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007, p. 387, esta exigencia es debida a la profunda transformación de la práctica comercial a la que se ha asistido en las últimas décadas y, sobre todo, al fenómeno de la concurrencia vertical, de las relaciones entre el intermediario comercial y el productor.

naturaleza la doctrina no se ha puesto de acuerdo<sup>212</sup>, que tiene por objetivo evitar que el proveedor-mayorista pueda beneficiarse de las consecuencias de una cláusula que él impone al vendedor-minorista y de las que no se podría haber beneficiado si hubiera contratado directamente con el consumidor sin intermediarios. La intención, así, es impedir que recaiga sobre el vendedor-minorista —que ostentaría la posición de contratante débil— el coste de una operación negocial determinada e impuesta por otro. Este coste sería el resultante de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión a la que está expuesto el minorista en su contrato con el consumidor. De este modo, se evita que aquél traspase a este último el propio riesgo contractual en términos de un mayor precio de los bienes o servicios objeto del contrato<sup>213</sup>. Es decir, se trata de una norma que pretende, en última instancia, la protección del consumidor.

Como consecuencia de todo lo anterior, el derecho de regreso no tendrá aplicación cuando la cláusula declarada nula por abusiva en el contrato de consumo haya sido introducida autónomamente por el vendedor-minorista en su relación jurídica con el mayorista. Tampoco cuando el vendedor-minorista haya negociado la aceptación de la cláusula después reproducida en el contrato de consumo. En ambos supuestos se entiende que el vendedor-minorista, por haber determinado él mismo la cláusula o haber podido negociar su inclusión, ha asumido el riesgo como un resultado de su composición de intereses<sup>214</sup>. La predisposición de la cláusula es clave para atribuir al vendedor-minorista la condición de parte débil protegible.

Por último, como apreciación más relevante y aunque hay discrepancias doctrinales al respecto, parece que de esta regulación no deriva una posibilidad inmediata de controlar el contenido del contrato entre empresarios. Es decir, el “*diritto di regresso*” no supone que de la ineficacia de la cláusula abusiva en el contrato con el consumidor resulte también la

---

<sup>212</sup> Son de señalar los problemas doctrinales respecto a la determinación de la naturaleza de este derecho de regreso atribuido al vendedor, que se ha calificado en relación con la responsabilidad extracontractual, responsabilidad precontractual, enriquecimiento sin causa, al regreso como “noción general” o se ha encuadrado en una “pluralidad de fuentes” entre la disciplina del contrato y de la competencia, PASSAGNOLI, G., “Commentario articoli 36, 38...”, op.cit., p. 388; BIANCHINI, M., “Commentario articolo 1469- quinquies...”, op.cit., pp. 217, 218; LENER, G., “La nuova disciplina delle clausole vessatorie...”, op.cit.

<sup>213</sup> Comentarios PASSAGNOLI, G., “Commentario articoli 36, 38...”, op.cit., p. 387; BIANCHINI, M., “Commentario articolo 1469- quinquies...”, op. cit., pp. 215 y ss.; LENER, G., “La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori”, *Cardozo Electronic Law Bulletin*, <http://www.jus.unitn.it>.

<sup>214</sup> PASSAGNOLI, G., “Commentario articoli 36, 38...”, op.cit., p. 387.



ineficacia de la cláusula recogida en el contrato entre empresarios<sup>215</sup>. Evidentemente, esta cláusula puede ser ineficaz, si no por abusiva en el sentido del Derecho de consumo, sí por otras reglas de Derecho común, con las limitaciones que han sido expuestas, o por nulidades especiales de determinados tipos de contratos entre empresarios.

Al respecto de esta última mención y una vez agotadas las posibilidades de protección del empresario adherente en las normas generales del Derecho de contratos y en el Derecho del consumidor, damos paso, en el último apartado, a un ejemplo de nulidad en las relaciones entre profesionales existente en el ordenamiento jurídico italiano: la nulidad en el contrato de subsuministro.

### 2.3. Un nuevo instrumento de reequilibrio contractual

Mediante la Ley n. 192, de 18 de julio de 1998 el legislador italiano introduce un instrumento de control y de reequilibrio contractual en el ámbito de una categoría concreta, el contrato de subsuministro en la actividad productiva<sup>216</sup>. Se trata de un mecanismo que se propone tutelar las situaciones de debilidad económica que se producen cuando un sujeto se encuentra en una posición contractualmente dominante y, como sujeto económico más fuerte, abusa de dicho posicionamiento.

<sup>215</sup> En este sentido, VALLE, L., “Commentario articolo 1469...”, op. cit., pp. 1314-1315, sostiene que, a pesar de que estamos ante un artículo dentro de la disciplina de las llamadas cláusulas “vejatorias” en los contratos con consumidores que se ocupa de las relaciones entre empresas, es evidente que no deriva de esta regulación la inmediata posibilidad de control sobre el contenido del contrato concluido entre profesionales. En la misma línea, PASSAGNOLI, G., “Commentario articoli 36, 38...”, op.cit., p. 387.

<sup>216</sup> El artículo 1 de la Ley es el encargado de delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la norma, entendiendo por “*contratto di subfornitura*” aquel a través del cual un empresario se obliga frente a otro – comitente-, a manufacturar productos semielaborados o materias primas suministradas por este último, o se obliga a suministrarle productos o servicios destinados a ser incorporados o utilizados en el ámbito de la actividad económica del comitente o en la producción de un bien complejo, de conformidad con proyectos ejecutivos, conocimientos técnicos y tecnológicos, modelos o prototipos suministrados por el comitente (“*Un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all’a impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente*”). Ha sido criticado por la doctrina el hecho de que no se indique el objeto de la ley sino que, más bien, se limite a definir un segmento del complejo procedimiento industrial, GIOIA, G., “I rapporti di subfornitura”, *Giurisprudenza Italiana*, anno 151, n° 1, 1999, p. 672. Más directos son CASO, R.; PARDOLESI, R., “La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?”, *Rivista di Diritto Privato*, anno III, n° 4, ottobre-dicembre 1998, p. 73, quienes sostienen que los operadores del Derecho, no sólo no manejan una teoría adecuada sobre el subsuministro, sino que no saben bien qué “*cosa*” es esa.

Este control se recoge en el artículo 9 de la citada ley a través de la figura del abuso de dependencia económica. “*El pacto a través del cual se realiza el abuso de dependencia económica es nulo*”, según reza el apartado 3 de dicho artículo<sup>217</sup>. Por lo tanto, todo gira en torno a la definición del concepto “*abuso di dipendenza economica*” que se convierte, así, en la disposición más relevante de toda la ley. El punto 1º del artículo 9<sup>218</sup> define esta figura como la situación en la que una empresa está en grado de determinar, en las relaciones comerciales con otra empresa, un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones teniendo en cuenta la posibilidad real para la parte que ha sufrido el abuso de encontrar en el mercado alternativas satisfactorias<sup>219</sup>.

El punto 2º del artículo 9<sup>220</sup>, por su parte, delinea una definición descriptiva del abuso mediante un elenco ejemplificativo de supuestos, haciendo referencia a la negativa a vender o a comprar, a la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias o a la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en desarrollo<sup>221</sup>.

Una vez expuesto el contenido de los tres apartados que conforman el precepto sujeto a estudio, podemos realizar una serie de valoraciones para intentar determinar el alcance del mismo. Este artículo, que introduce límites a la autonomía de la voluntad negocial en el ámbito de la categoría del “*subfornitori*”, nos recuerda a la protección acordada para el consumidor contra las cláusulas abusivas predispuestas por el profesional en la medida en que en ambos casos se fijan límites para la tutela de la parte débil. De hecho, la expresión “*desequilibrio eccessivo*” del artículo 9.1 de la Ley reguladora del contrato de subsuministro está muy próxima a la recogida en el artículo 33 del Código de consumo, que hace

---

<sup>217</sup> Articolo 9.3: “*Il patto attraverso il quale si realizzi l’abuso di dipendenza economica è nullo*”.

<sup>218</sup> Articolo 9.1: “*È vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*”.

<sup>219</sup> La valoración de la situación de abuso no es estática, sino fruto de una consideración dinámica en la que se debe tener en cuenta una serie de variables como es la citada posibilidad por la parte que ha sufrido el abuso, de obtener otra opción a través del mercado, GIOIA, G., *I rapporti di subfornitura...*, op. cit., p. 676.

<sup>220</sup> Articolo 9.2: “*L’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*”.

<sup>221</sup> Según la doctrina, el contenido de este precepto no es extraño al ordenamiento italiano y puede ser considerado análogo a lo previsto para el abuso de posición dominante en la ley antitrust (artículo 2359 del Código civil, modificado por el artículo 1 del D.L. 9 abril de 1991, n. 127, integrado en el artículo 7 de la ley antitrust), GIOIA, G., “*I rapporti di subfornitura...*”, op. cit., p. 676. Sobre la relación entre ambas normas, ver también PROSPERI, F., “*Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*”, *Rassegna di diritto civile*, anno 20, n. 3, 1999, pp. 659 y ss.

referencia a un “*desequilibrio significativo*”<sup>222</sup>. Sin embargo, y además de los vínculos con la disciplina contractual, la disposición también está íntimamente relacionada con el Derecho antitrust, habiendo sido concebida, de hecho, como una modificación de la Ley de 10 de octubre de 1990, n. 287, esto es, la Ley antitrust italiana<sup>223</sup>. Por lo tanto, nos encontramos ante una figura, la del abuso de dependencia económica, de naturaleza híbrida<sup>224</sup>: el artículo 9 es una norma suspendida entre el Derecho de contratos –preocupado en el equilibrio de la frecuente posición de debilidad de las numerosas empresas subcontratistas respecto a la contraparte comitente- y el Derecho antitrust –con intención de salvaguardar los mecanismos concurrenciales del mercado-.

La doctrina italiana se ha planteado la posibilidad de una eventual aplicación generalizada de la figura del abuso de dependencia económica como regla supletoria en el ámbito hermenéutico. Así, la doctrina mayoritaria defiende una interpretación extensiva, según la cual el artículo 9 de la ley n. 192 del 1998 no tiene un ámbito de aplicación limitado a los contratos de subsuministro, en el sentido del artículo 1 de dicha ley, sino más amplio, amparando cualquier contrato en el que se manifieste la dependencia económica de una empresa respecto de otra. Los argumentos utilizados van desde la terminología utilizada<sup>225</sup> –la ley se refiere genéricamente a “*comprar*” o “*vender*” o a “*cliente*” y “*proveedor*”- hasta un *iter* legislativo oscuro, del cual no se desprende la verdadera intención del legislador

<sup>222</sup> Acerca de la relación entre esta normativa y la protección de la figura del consumidor frente a las cláusulas abusivas, ver PROSPERI, F., “Subfornitura industriale...”, op. cit., pp. 643 y ss. El autor realiza una reflexión sobre los puntos análogos y las diferencias –que considera profundas en algunos casos, como en lo referente a la necesidad o no de que el contrato sea estandarizado- en la tutela del consumidor y la figura del abuso de dependencia económica.

<sup>223</sup> El artículo analizado, fuertemente impregnado de parámetros económicos, descansa de forma evidente en los dos modelos legislativos de referencia en el momento: el alemán y el francés. MUSSO, A., *La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni, Titolo III, Del singoli contratti – Supplemento Legge 18 giugno 1998, n. 192*, GALGANO, F., “Commentario del Codice civile Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna, 2003, pp. 465 – 466; CASO, R.; PARDOLESI, R., “La nuova disciplina del contratto...”, op. cit., pp. 732 – 733; GIOIA, G., “I rapporti di subfornitura...”, op. cit., p. 675.

<sup>224</sup> MUSSO, A., *La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni...*, op. cit., pp. 465 y ss; PINTO, V., “L’abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust”, *Revista di diritto civile*, 2000, II, pp. 390 y ss.; MACARIO, F., “Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?”, *Revista di Diritto Civile*, anno 51, n° 1, gennaio-febbraio 2005, pp. 673 y ss.

<sup>225</sup> GENNARO, F., “Note critiche sui rapporti tra i divieti di abuso di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante”, <http://www.archivioceraadi.luiss.it>, p. 3. Como constata SCARSO, A. P., *Il contraente “debole”*, en BUSNELLI, F.D., PATTI, S., SCALISI, V., (et. al.) (dir.), *Studi di Diritto Privato*, n° 22, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 203 – 204, el legislador, en lugar de utilizar los términos “*subfornitore*” y “*committente*”, hace referencia al elemento subjetivo como “*impresa*”. El argumento literal, esto es, una interpretación literal del artículo 9 de la ley que lleve a concluir que sea preferible limitar el ámbito de aplicación del abuso de dependencia económica sólo a los contratos de subsuministro, no tendría tanta importancia, sin embargo, para PROSPERI, F., “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 660, a quien le parece excesivo atribuir un significado decisivo a tal detalle lingüístico en un contexto normativo generalmente caracterizado por la escasa calidad de la técnica legislativa.

respecto a la naturaleza de la norma<sup>226</sup>. Para estos autores que apoyan la postura a favor de considerar este artículo como cláusula general de control no limitada a un específico ámbito contractual sino a la actividad entre empresarios en general, la norma puede ser una vía para controlar el contenido de los contratos entre empresarios<sup>227</sup>. Los autores que, por el contrario, son de la opinión opuesta a la ampliación de la esfera de aplicación de la disposición se basan en la clara delimitación subjetiva del ámbito de la ley en el artículo primero de la misma, en la fragilidad del argumento respecto de la terminología empleada en el artículo 9 –no utiliza una denominación intencionadamente amplia de los sujetos afectados<sup>228</sup>– y en la ubicación de la norma –mantenida definitivamente en el interior de una ley especial sobre el subsuministro en la actividad productiva-<sup>229</sup>.

La realidad es que la sentencia de la Corte di Cassazione de 25 de noviembre de 2011<sup>230</sup> ha venido a apoyar la idea de que el ámbito de aplicación objetivo de la norma, a pesar de estar incluida en una ley específica, se amplía a toda relación comercial vertical. Subraya el Tribunal el hecho de que la propia Ley hable en este supuesto de empresas “clientes”, cuando se trata de un término que no aparece en el resto del articulado. La figura del abuso de dependencia –que presupone la situación de dependencia económica entre una empresa cliente y su proveedor y el abuso de tal situación generando un desequilibrio significativo

---

<sup>226</sup> GENNARO, F., “Note critiche sui rapporti...”, op.cit., pp. 2 y ss.; MACARIO, F., “Abuso di autonomia negoziale...”, op.cit., p. 704.

<sup>227</sup> Así opina GENNARO, F., “Note critiche sui rapporti...”, op.cit., pp. 6 y ss., 24 y ss.; CASO, R., “Luci ed ombre della legge sull’abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale”, <http://www.jus.unitn.it>, pp. 17 y ss. Para CASO, R.; PARDOLESI, R., “La nuova disciplina del contratto di subfornitura...”, op. cit., p. 733, la disposición tiene un campo de aplicación notablemente más alargado respecto al delimitado en el artículo 1, del mismo modo que GIOIA, G., *I rapporti di subfornitura...*, op. cit., p. 675, afirma que la disposición ha conservado el originario carácter expansivo, porque se refiere no sólo a las empresas proveedoras, sino a toda empresa cliente. Por su parte, PROSPERI, F., “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 641, la ley de la subcontratación introduce una previsión de carácter general destinada a operar fuera del ámbito específico del contrato de subcontratación, que prohíbe el abuso de dependencia económica en todos los contratos entre empresas, sancionando con la nulidad el pacto con el que se realiza tal abuso. También a favor de una aplicación general de un control sustancial sobre las cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre profesionales, VALLE, L., *L’inefficacia delle clausole vessatorie...*, op. cit., p. 360 y SCARSO, A. P., *Il contraente “debole”...*, op. cit., pp. 226 – 227. Sobre la aplicación de la figura del abuso de dependencia económica al contrato de franquicia, MACARIO, F., “Abuso di autonomia negoziale...”, op. cit., pp. 680 y ss. En general, para el autor, la norma expresada en el artículo 9 de la mencionada ley se ha convertido hoy en una cláusula general de abuso de poder contractual en las relaciones negociales entre empresas.

<sup>228</sup> Como ya se apuntó, PROSPERI, F., “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 660. A favor de la limitación subjetiva de la norma, MUSSO, A., “La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni...”, op.cit., p. 489.

<sup>229</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 484 - 485, entiende que, a pesar de que la intención primera del legislador fuera orientar la norma en una dirección más amplia, el hecho de que se haya mantenido en una normativa especial, impone la conclusión más restrictiva respecto a la interpretación dominante sin que el abuso de dependencia económica pueda ser considerado un instituto general aplicable fuera del contrato de subsuministro.

<sup>230</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 25 novembre 2011, n° 24906.

de derechos y obligaciones- se configura, así, como un supuesto particular de aplicación general<sup>231</sup>.

El elemento central de la figura del “*abuso di dipendenza economica*” es el desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones, expresión similar, como se vio, a la recogida en el ámbito del Derecho de consumo. En este sentido, doctrina y jurisprudencia han puesto esta figura en relación con el principio de buena fe, como fundamento de la misma y guía en la valoración de la gravedad y la injusticia de las condiciones contractuales que dan lugar a la aplicación del abuso de dependencia económica<sup>232</sup>. Esto así entendido implicaría que el abuso de dependencia económica es una mera especificación del deber general de buena fe en la conclusión del contrato, debiendo precisar que, en la contratación entre empresarios, vulnera tal deber la parte que se aproveche de una mayor fuerza contractual para inducir a la otra parte a concluir un contrato normativa o económicamente desequilibrado. Considerar el abuso de dependencia como un comportamiento contrario a la buena fe debilita la idea de que el control que aquella figura introduce tiene carácter excepcional y, por el contrario, representa un refuerzo para el planteamiento de la aplicación extensiva de la norma que, de este modo, enlaza con la idea de la tutela general de la parte contratante débil<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> “*L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998*”.

<sup>232</sup> PROSPERI, F., “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 672; FALCO, G., *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè Editore, Milán, 2010, pp. 466 – 467.

En un intento de definir el contenido del abuso de dependencia económica y cuándo el desequilibrio de las prestaciones contractuales resultan excesivos y, por tanto, el comportamiento de la parte con más poder contractual deviene abusivo, PROSPERI, F., “Subfornitura industriale...”, op.cit., pp. 651 - 652, no señala que la jurisprudencia sí ha hecho del canon de la buena fe un uso decisivo en la determinación del contenido concreto obligatorio del contrato.

<sup>233</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 673.

Por su parte, MACARIO, F., “Abuso di autonomia negóciale...”, op. cit., p. 704, en su razonamiento a favor de una nueva cláusula general en relación con el abuso de la autonomía negocial y la contratación entre empresas, añade un argumento más, esta vez vinculado con el abuso del derecho. Hace mención a intervenciones legislativas puntuales pero reiteradas, caracterizadas por el uso de expresiones similares en contextos normativos diversos (entre otras, el “*desequilibrio significativo*” del abuso de dependencia económica en la Ley del contrato de subministro pero también en el artículo 1469.bis; el “*acuerdo gravemente inícuo*” en el artículo 7 de la ley n. 231 de 2002, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). Este hecho puede justificar, según el autor, el intento de elaborar un nuevo principio de Derecho de contratos sobre la base de la teoría del abuso del derecho (“*il tentativo di individuare una sorta di leitmotiv sul quale sperimentare la tenuta di un nuovo principio. In tal senso, anche il tentativo di riproporre e rielaborare la teoria dell'abuso del diritto in ambito di disciplina generale dei contratti potrebbe apparire legittimo*”). Acerca de la relación con la figura del abuso del derecho, *Ibidem*, op. cit., pp. 685 y ss.; PROSPERI, F., “Subfornitura industriale...”, op. cit., pp. 666 y ss.

A la vista de lo expuesto, la importancia de estos planteamientos está en íntima conexión con la consecuencia principal de extender la aplicación del artículo 9 de la ley n. 192 de 18 de julio de 1998 en un sentido general, más allá del ámbito estrictamente referido al contrato de subsuministro: un aumento sensible de la tutela de la parte contratante débil en todos los contratos entre empresarios que, de otra forma, tan sólo se ven protegidos por el control formal de incorporación previsto en los arts. 1341 y 1342 Cc<sup>234</sup>.

#### 2.4. La perspectiva de una reforma del Libro IV del *Codice Civile*

Tras la modernización del BGB en Alemania y teniendo en cuenta también las propuestas de reforma que surgen en Francia, los juristas italianos comienzan a plantearse la necesidad de una reforma del Derecho de obligaciones y contratos<sup>235</sup>. Son abundantes las alusiones a las tendencias europeas y a esos otros proyectos de reforma llevados a cabo en Francia y en Alemania como punto de referencia para el jurista italiano<sup>236</sup>, aunque, como señala BIANCA, si bien es de sobra conocida la necesidad de una reforma del *Codice civile*, no hay necesidad de copiar ninguno de los dos modelos, que contienen novedades ya presentes en el texto italiano<sup>237</sup>.

Dentro de estas tentativas de reforma del *Codice*, es reiterada la preocupación en la doctrina por la justicia sustancial del contrato y el modelo de protección frente a abusos a los contratantes débiles. Al respecto, hay autores que abiertamente manifiestan la necesidad de exportar el modelo de control de los contratos entre empresarios y consumidores a los contratos entre empresas desiguales. NAVARRETTA, partiendo de un presupuesto que es condición imprescindible -la asimetría de poder-, concluye que la técnica de las condiciones

---

<sup>234</sup> Aunque, como ha señalado algún autor, la “fórmula mágica” del abuso de la dependencia económica introducía por esta norma, como una especie de abuso del derecho hacia los empresarios débiles, no ha acabado de encontrar la fuerza suficiente para ser aplicada operativamente, PARDOLESI, R., “Nuovi Abusi del Diritto: Percorsi di una Clausola Generale”, *Danno e Responsabilità*, vol. 17, num. 12, p. 1169.

<sup>235</sup> Señala ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 210, que este movimiento favorable a una revisión culmina en un Congreso en 2006 en Padua. Efectivamente, el n.º 6 de la *Rivista di Diritto Civile*, noviembre – diciembre de 2006 está dedicado a recoger las aportaciones de los diversos autores en el referido congreso: “*Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il Diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale, Treviso, Palazzo dell’Università, 23 – 24 – 25 marzo 2006*”.

<sup>236</sup> GAMBARO, A., “La riforma del Diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del Diritto europeo”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 29 – 32; RESCIGNO, P., “Il Libro della Obbligazioni tra “modernizzazione” e riforma”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 33 – 42 (p. 38); BIANCA, C. M., “L’obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del Codice civile”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 64 – 65, quien identifica una clara directriz a la que tienen los modelos, “*la centralità del codice civile e dell’obbligazione*”.

<sup>237</sup> BIANCA, C. M., “L’obbligazione nelle prospettive...”, op. cit., p. 65. Recordemos, a modo de ejemplo, las normas de control de incorporación recogidas en los arts. 1341 y 1342.

generales de los contratos genera también respecto del empresario una condición de debilidad muy similar a la del consumidor, sin que puedan ser excluidos estos últimos en una futura reforma<sup>238</sup>. PATTI, por su parte, considera conveniente evitar duplicidades no oportunas ni justificadas y extender el sistema de tutela a todos los contratantes débiles sin limitarlo solo a los consumidores, siguiendo la lógica presente en los arts. 1341 y 1342, insertando además, toda esta regulación en el Código civil<sup>239</sup>. Debe realizarse, según este autor, el valor de “*giustizia contrattuale*” pues “*a la idea de igualdad formal se superpone y deviene prioritaria aquella de la justicia contractual. En otros términos, no se cree ya más en un equilibrio contractual que deriva de la fuerza libre del mercado: la justicia contractual está en riesgo y por tanto, más que permanecer fieles a algunos principios abstractos conviene garantizar un control eficaz de los contratos estándar. Deben ser previstas en el Código civil normas que aseguren la justicia del contrato y deben hacer referencia a todos los contratantes independientemente de su cualificación subjetiva*”<sup>240</sup>.

### 3. Protección en el ordenamiento jurídico inglés

#### 3.1. Unfair Contract Terms Act 1977 y Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

Las fórmulas para luchar en el Derecho inglés contra las “*unfair terms*”, cláusulas no equitativas o injustas<sup>241</sup> -cláusulas que no siempre tienen como presupuesto la ausencia de negociación, como se verá-, están recogidas en diferentes niveles de fuentes legales, habiendo sido parcialmente elaboradas por los tribunales –*common law remedies*<sup>242</sup>- y

<sup>238</sup> NAVARRETTA, E., “Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 417, 420-421. Cosa distinta es, como señala el autor, la complejidad de la construcción de la hipotética norma de control en lo que refiere a la selección de la asimetría jurídicamente relevante (p. 423).

<sup>239</sup> PATTI, S., “Sulla riforma del Quarto Libro del Codice civile: i contratti per adesione”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, p. 211. “[A]ll’idea dell’eguaglianza formale si sovrappone, e diviene prevalente, quella della giustizia contrattuale. In altri termini, non si crede più ad un equilibrio contrattuale che deriva dalle libere forze del mercato: la giustizia contrattuale è a rischio e quindi piuttosto che restare fedeli ad alcuni principi astratti conviene garantire un efficace controllo dei contratti standard. Norme che assicurano la giustizia del contratto devono essere previste nel codice civile e devono fare riferimento a tutti i contraenti indipendentemente dalla loro qualificazione soggettiva”.

<sup>240</sup> PATTI, S., “Sulla riforma del Quarto...”, op. cit., p. 213.

<sup>241</sup> No estamos ante conceptos equivalentes, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 28.

<sup>242</sup> NEBBIA P., *Unfair contract terms in European Law...*, op. cit., pp. 28 – 29. Las reglas desarrolladas por los tribunales se relacionan con las normas de incorporación y de interpretación de cláusulas, así como con los denominados conceptos “*fundamental breach*” y “*breach of a fundamental term*”. Tal y como expone la autora, la libertad judicial para motivar el uso de estos mecanismos indirectos como criterio para considerar una cláusula como *unfair* se vio reducido drásticamente cuando entra en vigor la Unfair Contract Terms Act de 1977 al ser la limitación legislativa más importante en materia de cláusulas injustas junto con la normativa aplicable a los contratos con consumidores.

parcialmente introducidas a través de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 (UCTA<sup>243</sup>). Por su parte, y respecto a los contratos concluidos con consumidores, en 1994 se aprueba una norma, reformada en 1999, que tiene por objeto transponer la Directiva Comunitaria de 1993 al ordenamiento inglés, norma que se conoce por el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR)<sup>244</sup>.

Existen, pues, dos textos normativos que tienen por objeto el control de las *unfair terms*, siendo necesario proceder a un deslinde de su ámbito de aplicación para poder analizar la protección otorgada por el ordenamiento jurídico inglés al empresario adherente<sup>245</sup>.

En lo que al ámbito de aplicación objetivo se refiere, la UCTA no es una norma que realmente se ocupe, tal y como a primera vista se desprende de su denominación, de las cláusulas injustas en general sino, tan sólo, de las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad, las llamadas *exemption clauses*<sup>246</sup>, mientras que la norma de 1999 sí que abarca todas las *unfair terms*. También existe divergencia en cuanto al perfil de las cláusulas sujetas a control, restringiéndose en el caso de la *Regulations* sobre contratos con consumidores a los términos no negociados individualmente<sup>247</sup> y abarcando la Ley de 1977, por el contrario, todas las cláusulas, incluso las negociadas.

Así, en la UCTA solo es relevante de forma directa el hecho de estar ante contratos predispuestos en las excepciones contenidas en la *Section 3, Liability arising in contract*, y, además, solo en el caso de contratos entre empresarios. Esta sección se refiere a cláusulas que excluyen o limitan responsabilidad ante el incumplimiento o cláusulas que facultan a una de las partes cumplir con una prestación sustancialmente diferente a la que es razonablemente esperable. La norma -que exige para su validez que las referidas cláusulas pasen un test de

---

<sup>243</sup> Esta norma entró en vigor el 1 de febrero de 1978.

<sup>244</sup> Ambas normativas, UCTA y Directiva reflejan dos filosofías distintas de control, con lo que habría sido técnicamente muy complejo adaptar la primera. De ahí que el gobierno británico eligiera implementar la Directiva mediante una norma separada dejando intactos los controles contractuales preexistentes. Ver NEBBIA P., *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 41. Acerca de la UTCCR, WILLET, C., *Fairness in consumer contracts. The case of unfair terms*, Ashgate, Hampshire; Burlington, 2007, pp. 161 y ss.

<sup>245</sup> Una comparación entre ambas regulaciones se encuentra en PEEL, E., *The law of contract*, 12 ed., Sweet&Maxwell, London, 2007, pp. 290 – 292. Asimismo, sobre el régimen de las *standard terms* y *exclusion clauses*, MARKESINIS, S. B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of contract. A comparative treatise*, 2º ed., Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 164 y ss.

<sup>246</sup> Esta noción se extendería a aquellas cláusulas que buscan conseguir el mismo efecto indirectamente. Según la s. 13 de la UCTA, se incluyen las cláusulas que: a) sujeten la responsabilidad o su validez a condiciones onerosas o restrictivas; b) excluyan o restrinjan cualquier derecho o remedio relacionado con la responsabilidad o sometan a la persona a cualquier perjuicio como consecuencia de perseguir estos derechos o remedios; c) excluyan o restrinjan reglas de prueba o procedimiento.

<sup>247</sup> Ver MACDONALD, E., *Exemption clauses and unfair terms*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999, pp. 172 – 174; NEBBIA P., *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 116 y ss.



razonabilidad- es de aplicación cuando uno de los contratantes es consumidor –en todo tipo de contrato, tanto negociado como no negociado- y cuando se trata de cláusulas entre empresarios predisuestas por una de las partes (“*written standard terms of business*”)<sup>248</sup>.

La otra forma en la que está presente en la norma el factor de la negociación entre las partes es a través de los criterios o circunstancias a tener en cuenta para valorar la razonabilidad de una cláusula. Como se verá, una de las *guidelines* a apreciar es la fuerza de la posición contractual de cada contratante y las distintas alternativas a su disposición. Se trata, no obstante, a diferencia del supuesto del párrafo anterior, de un criterio de valoración pero no de un presupuesto para la aplicación del control.

Además de otras disimilitudes<sup>249</sup>, la más relevante a efectos del tema que nos ocupa es la referente al ámbito subjetivo de aplicación. Así, mientras que el UTCCR de 1999 tutela tan sólo a los consumidores, el ámbito de aplicación de la UCTA de 1977 se extiende, aunque no de igual forma en todos los casos, a todo tipo de contratos, esto es, tanto contratos con consumidores como contratos en los que ambas partes tengan la consideración de profesionales. Por lo tanto, nos centraremos en el estudio de la estructura y el contenido de esta última norma por ser la que extiende su protección a los contratos entre empresarios.

<sup>248</sup> Acerca de la definición de “*written standard terms of business*”, ROGERS, W. V. H.; CLARKE, M. G., *The Unfair Contract Terms Act 1977*, Sweet & Maxwell, London, 1978, p. 3.

<sup>249</sup> Podemos citar, por una parte, los contratos excluidos, más numerosos en el caso de la UCTA –*Schedule 1, Section 1(2)*: contratos de seguro; contratos relativos a derechos inmobiliarios; contratos de sociedad; contratos que regulan los derechos de patente, marca, copyright: propiedad intelectual; contratos sobre operaciones mobiliarias y ciertos contratos marítimos- que en el supuesto del UTCCR, que se aplicaría a todos los contratos con consumidores. También existen diferencias en cuanto a la noción de “empresario” o de “consumidor”. En este último caso, mientras que según la Section 12 de la UCTA se entienden incluidas las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, la Section 3(1) del UTCCR restringe el ámbito de aplicación a los consumidores entendidos solo como personas físicas. Sobre la noción de consumidor ver MACDONALD, E., *Exemption clauses...*, op. cit., pp. 133 y ss.; LAWSON, R., *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 8 ed., Thomson; Sweet&Maxwell, London, 2005, pp. 147 – 149; NEBBIA P., *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 75 y ss. (especialmente, acerca del problema la existencia de demasiadas definiciones de consumidor, pp. 78 y ss). Asimismo, difieren ambas normas en lo que al tipo de control se refiere, estando sometidas las cláusulas en el caso de la primera normativa a un “*reasonableness test*” y en la segunda a un “*fairness test*” sin que en el primer control se haga referencia a la figura de la buena fe. Por último, señalar las divergencias en los efectos del control: mientras en la regulación respecto a los contratos con consumidores existe un criterio simple, dependiendo la eficacia de que se considere una cláusula *unfair* o no en función del test, en el caso de la UCTA se pueden dar dos situaciones, pudiendo ser la cláusula ineficaz directamente o sólo cuando no supera el test de lo razonable, THOMPSON, P. K. J., *Unfair Contract Terms Act 1977*, Butterworths, London, 1978, p. 5. Sobre una comparación entre los efectos entre la Ley de 1977 y la de 1994, TREITEL, G. H., *The law of contract*, 9 ed., Sweet&Maxwell, London, 1995, pp. 258 – 259.

### 3.2. Protección a la parte débil en los contratos entre empresarios: *Unfair Contract Terms Act 1977*

Recopilando las menciones respecto a las cláusulas que pueden ser consideradas como *unfair* y que se encuentran diseminadas a lo largo del texto normativo, podemos concluir que las cláusulas que pueden ser declaradas ineficaces en la contratación entre empresarios a la luz de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 se pueden dividir en dos grupos: cláusulas enteramente privadas de efecto –aquellas que excluyan o limiten la responsabilidad por muerte o por lesión personal a causa de una negligencia, según la s. 2(1)<sup>250</sup>– y cláusulas que pueden llegar a tener efectos si superan el criterio de lo razonable<sup>251</sup>. Como se puede observar, la eficacia de la mayoría de las cláusulas está sometida al denominado “*reasonableness test*”.

A diferencia del control previsto en el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 que, por influencia de la Directiva 93/13, somete a las cláusulas a un “*fairness test*”, donde los elementos a tener en cuenta son la no contrariedad con la buena fe y el hecho de no causar un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor<sup>252</sup>, la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 somete a aquellas cláusulas que no son declaradas directamente ineficaces al ya mencionado “test de razonabilidad”, criterio un tanto extraño a nuestro Derecho continental<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> 2(1): “*A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence*”. Ver LAWSON, R., *Exclusion clauses...*, op. cit., p. 139.

<sup>251</sup> Entre otras, las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por pérdidas o daños distintos a la muerte o lesiones personales a causa de una negligencia, s. 2(2); cláusulas predispuestas por la otra parte que excluyen o limitan la responsabilidad en caso de incumplimiento o que pretenden permitir a la parte predisponente realizar un cumplimiento sustancialmente diferente al razonablemente esperable o no cumplir en absoluto, s. 3(2); cláusulas en contratos de venta o “*hire-purchase*” que excluyan o limiten la responsabilidad por el incumplimiento de las facultades que deben disfrutar quienes contratan el suministro de bienes de consumo, s. 6(1); cláusulas en el mismo sentido en otro tipo de contratos de suministro cuando se transmite la propiedad, s. 7(3A); cláusulas en contratos de alquiler que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento de las facultades de las que debe disfrutar la parte a la que se le transfiere la propiedad, s. 7(4); cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por el incumplimiento de alguno de los cuatro términos implícitos en los contratos de la *Sale of Goods Act* de 1979 o la *Supply of Goods Act* de 1973, esto es, correspondencia con la descripción o la muestra, cualidad satisfactoria y adecuación para los propósitos del comprador, s. 6(3) y 7(3).

<sup>252</sup> Section 5(2) UTCCR 1999: “*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*”. Sobre el “*fairness test*”, ver TREITEL, G. H., “*The law of contract...*”, op. cit., pp. 48 – 254; MACDONALD, E., “*Exemption clauses...*”, op. cit., pp. 188 – 193; LAWSON, R., “*Exclusion clauses...*”, op. cit., pp. 217 – 223; NEBBIA, P., “*Unfair contract terms...*”, op. cit., pp. 143y ss.

<sup>253</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., p. 26.

La section 11(1) de la UCTA es la que contiene la regla general de aplicación del test a una cláusula, cláusula que lo superaría si “*es justo y razonable que esa cláusula esté incluida, teniendo en cuenta las circunstancias que, al momento de celebración del contrato, las partes conocieran o hubieran debido conocer o prever*”. El momento al que hay que atender para valorar las circunstancias es, por tanto, el de conclusión del contrato, sin que los tribunales deban juzgar la razonabilidad de una cláusula por la forma en que las partes se han comportado antes del contrato o por las pérdidas que se hayan ocasionado, salvo en lo que estas cuestiones influyeran en el momento de concluir el contrato<sup>254</sup>.

A esta norma de carácter general se le añaden una serie de directrices, situadas en diferentes artículos de la Ley, que nos pueden aportar una idea de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para valorar una cláusula como razonable. Estas directrices hacen referencia específicamente a dos situaciones distintas. Por una parte, a los contratos de compraventa y de “*hire-purchase*” (compraventa a plazos), para los cuales, entre los factores relevantes se encuentran, como adelantábamos, el poder de negociación de las partes teniendo en cuenta la posibilidad de encontrar ofertas alternativas, la existencia de maniobras tendentes a inducir al adherente a aceptar la cláusula valorando si una vez aceptada la misma tuvo el adherente oportunidad de cerrar ese mismo contrato con una persona distinta sin tener que soportar la cláusula en cuestión, el conocimiento sobre el verdadero alcance de la cláusula, la razonabilidad del posible incumplimiento o el hecho de que el objeto del contrato provenga de una orden especial del adquirente (Anexo 2, “*Guidelines for application of reasonableness test*”)<sup>255</sup>. Por otra, la s. 11(4) UCTA recoge las directrices referidas a aquellas cláusulas que tratan de limitar la cantidad de las indemnizaciones debidas en caso

---

<sup>254</sup> THOMPSON, P. K. J., *Unfair Contract Terms...*, op. cit., p. 21; ROGERS, W. V. H.; CLARKE, M. G., *The Unfair Contract Terms...*, op. cit., p. 11; GARCÍA-TUÑÓN, A. M., “El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: la Unfair Contract Terms Act de 1977”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 25, año VII, enero-marzo 1987, p. 63.

<sup>255</sup> “*The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant: (a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer’s requirements could have been met; (b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having a similar term; (c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and the extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties); (d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition was not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable; (e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer*”.

de responsabilidad, atendiendo a la mayor o menor capacidad financiera de quien establece la limitación así como a las posibilidades que tuvo de asegurarse<sup>256</sup>.

Estos criterios no son exhaustivos, de tal forma que los tribunales pueden tener en cuenta otros muchos factores<sup>257</sup>. Al final, teniendo en cuenta toda esta diversidad de parámetros que el test exige determinar sobre la base de las circunstancias individuales, es posible que una idéntica cláusula sea razonable en un caso e irrazonable en otro<sup>258</sup>. Este sistema elegido por el legislador inglés, muy en la línea con la propia tradición inglesa aversa a cualquier sistematización limitada, permitiría un alto grado de adecuación al caso negocial concreto<sup>259</sup>. Precisamente un escenario en el que se muestra claramente la diferencia obligada de valoraciones es en la aplicación del test a los contratos con consumidores y a los contratos celebrados entre dos empresarios. Aunque no se hace ninguna distinción legal en la aplicación del control de lo razonable entre un tipo de contratos y otro, la utilización del test en la práctica sugiere que es menos fácil que una cláusula satisfaga el test si es impuesta a un consumidor que si es en un contrato entre empresarios<sup>260</sup>.

---

<sup>256</sup> Section 11(4): “Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to: (a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and (b) how far it was open to him to cover himself by insurance”. Aunque estos criterios resultan de aplicación, en principio, solo a determinadas secciones, son consideradas frecuentemente de aplicación general (*Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner & Co Ltd* [2003] 2 Lloyd's Law Rep 356, 358; *Balmoral Group Ltd v Borealis UK Ltd* [2001] 1 Lloyd's Rep 93; *Shepherd Homes Ltd v Encia Remediation Ltd*, Court of Appeal [2007] BLR 135).

Vemos reflejados en éstos y los anteriores criterios elementos que también son relevantes en nuestro Ordenamiento jurídico: el poder de negociación o posición relativa de las partes, a la que habrá que estar para determinar el grado de protección necesario; el conocimiento sobre el verdadero alcance de la cláusula, que no es sino el contenido del deber de “transparencia material” que se analizará en el último capítulo.

<sup>257</sup> NEBBIA P., *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 59. Acerca del carácter *numerus apertus* del Anexo 2, GARCÍA-TUÑÓN, A. M., “El modelo inglés de control...”, op.cit., p. 61.

<sup>258</sup> LAWSON, R., *Exclusion clauses...*, op.cit., p. 135. Según SMORTO, G., “Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive”, *Rivista critica del Diritto Privato*, anno 17, nn. 1- 2, 1999, p. 110, este marco legislativo tan general y la amplitud de la fórmula utilizada hacen que el test de razonabilidad no esté privado de dificultad interpretativa, lo que conlleva necesariamente una fuerte incertidumbre a la hora de aplicarlo.

<sup>259</sup> GARCÍA-TUÑÓN, A. M., “El modelo inglés de control...”, op.cit., pp. 64 – 65.

<sup>260</sup> NEBBIA P., *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 38. La autora afirma que los tribunales están menos preparados para aceptar como razonable en un contrato con consumidores, por ejemplo, la incorporación de una cláusula como consecuencia de unos tratos o negociaciones prolongados. Así, en el caso *Hollier v Rambler Motors Ltd.* [1972] 2 Q.B. 71, WL 37215, debido a un incendio en un taller como resultado de una negligencia de éste, un coche que se encuentra allí para ser reparado sufre daños diversos. En ocasiones anteriores el dueño del coche –y cliente del taller- había firmado una cláusula en la que la empresa no se hacía responsable de los daños causados por fuego, hecho en el que se basa el taller para entender que, aunque esta vez no hubiera firmado tal formulario, la cláusula de exención de responsabilidad se encuentra incorporada en el contrato oral como consecuencia del transcurso de las negociaciones. Sin embargo, el tribunal entiende que “tres o cuatro transacciones en cinco años no son probablemente suficientes para establecer un “course of dealing”, con lo que no se entiende incorporada al contrato.

Así -teniendo en cuenta los criterios para la aplicación del “*reasonableness test*”-, en numerosas ocasiones los tribunales han sido reacios a la intervención judicial en aquellos casos en los que ambas partes contratantes, profesionales, tenían un poder de negociación similar y los riesgos eran normalmente soportados por un seguro. En el conocido caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd.*<sup>261</sup>, los demandantes contratan con los demandados la prestación por parte de estos últimos de un servicio de vigilancia nocturno en un local. Uno de los empleados de la parte demandada provoca un pequeño incendio que, tras descontrolarse, quema por completo el local. El contrato entre ambas partes incluye una cláusula que excluye la responsabilidad de los prestadores del servicio por cualquier acto perjudicial u omisión de sus empleados salvo que tal acto u omisión hubiera podido preverse y evitado con una actuación diligente por parte del empleador así como excluye también cualquier pérdida a causa del fuego u otras causas salvo que sea atribuible a la negligencia de la compañía empleadora. Entiende el tribunal que la redacción de la cláusula de exclusión en el caso concreto es la adecuada para excluir la responsabilidad ya que, generalmente, cuando las partes de un contrato tienen un poder de negociación en igualdad de condiciones se les debe dejar libertad para decidir el reparto de riesgos. De igual modo, en el caso *Frans Maas (UK) Ltd v Samsung Electronics (UK) Ltd*<sup>262</sup>, que tiene por objeto un contrato de almacenamiento de teléfonos móviles afectados por un robo en el que pudo tomar parte algún empleado, se entiende de aplicación, por ser razonable, una cláusula de limitación de responsabilidad por daños cometidos por los empleados que abarca tan sólo aquellos derivados de un riesgo real, común y previsible. El hecho de afirmar la aplicabilidad de esta cláusula es consecuencia de tener en cuenta la igualdad de poder de ambas partes y la posibilidad del demandante de haber asegurado las mercancías con una mayor cobertura. Se entiende que, aunque la Ley de 1977 juega un papel importante en la protección del consumidor débil, hay que matizar esta intrusión en los contratos entre partes profesionales que ostenten igual poder de negociación y que deben ser capaces de concluir contratos estando obligados a cumplir sus términos.

Por último, en *Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd*<sup>263</sup> se puede observar cómo una misma cláusula, que es considerada como no razonable en primera instancia, supera el “*reasonableness test*” para el juez de apelación. El caso es el siguiente: A defiende la no razonabilidad de una cláusula de limitación de responsabilidad que le impide reclamar una indemnización por la reubicación obligada de su sede de un edificio a otro, ambos propiedad de B, cambio que supone una serie de gastos y pérdidas por el traslado y el inadecuado funcionamiento del aire acondicionado en el nuevo espacio. En un primer momento el juez

---

<sup>261</sup> [1980] A.C. 827 WL 148259.

<sup>262</sup> [2004] EWHC 1502 (Comm) WL 1372526.

<sup>263</sup> [2008] EWCA Civ 361 WL 924987.

entiende que esta cláusula que, “*bajo ninguna circunstancia*”, hace responsable a B por “*cualquier pérdida de negocio, beneficios, pérdida de datos, reclamaciones de terceras partes o cualquier pérdida en consecuencia*” no supera el test de lo razonable poniendo el acento en el hecho de que la exclusión opera “*en cualquier circunstancia*”, incluyendo cuando las pérdidas hubieran sido causadas por fraude o deliberadamente por B. Sin embargo, la Corte de Apelación sostiene la validez de la cláusula en cuestión argumentando que no se puede entender que esta expresión pretenda excluir la responsabilidad deliberada o por fraude sino que simplemente busca de forma razonable restringir las posibles pérdidas, a lo que se suma la igualdad en el poder de negociación de las partes y el aviso por parte de B a sus clientes respecto a la conveniencia de protegerse mediante un seguro frente a pérdidas en los negocios.

Sin embargo, por el contrario, no hay que concluir de estas resoluciones que cuando estemos ante contratos entre empresarios las cláusulas de limitación de responsabilidad son automáticamente razonables. Así, una cláusula de exclusión total de responsabilidad en un contrato de depósito de mercaderías a menos que la acción se emprenda dentro del año siguiente a la fecha en la que debieron ser entregadas, es considerada como “*unreasonable*” en *Northern Electric Ltd v Econofreight Heavy Transport Ltd*<sup>264</sup> en la medida en que no es justo reducir el periodo de reclamación legal de cinco años a uno sólo.

Al mismo resultado se llega en el caso *Balmoral Group Ltd v Borealis [UK] Ltd. & Ors*<sup>265</sup>. A, Una empresa dedicada, entre otros, a la fabricación de tanques de almacenamiento, compra a B grandes cantidades de uno de los materiales necesarios, *borecene*, demostrándose después defectos en los tanques como consecuencia de un problema con el producto. El contrato, predispuesto por B, prevé una serie de limitaciones de responsabilidad respecto a cualquier defecto en los productos vendidos que, en cualquier caso, no excederá del precio de compra de los mismos. En la aplicación del test de razonabilidad se tienen en cuenta distintos razonamientos para concluir que, a pesar de que en el tráfico mercantil las partes habitualmente llegan a acuerdos para distribuir los riesgos, no se trata en este caso de una cláusula justa y razonable. Por una parte, se considera que, aun no siendo A una empresa especialmente pequeña, sí lo es respecto de B, que tiene mucho más poder de negociación y que ha planteado el contrato como “*take-it-or-leave-it*”, no siendo el contrato un producto de un proceso de negociación y no teniendo muchos más proveedores posibles. Además, B es una organización de un tamaño mucho mayor, con más activos y más experiencia técnica que A y con seguro contra este tipo de responsabilidades. Podría, por tanto, repercutir el coste del seguro y cualquier otro no cubierto por éste de forma más fácil. Por último, se subraya el

<sup>264</sup> [2001] EWCA Civ 286 WL 535710.

<sup>265</sup> [2006] EWHC Comm 1900 June 25 2006.

hecho de que B haya resuelto favorablemente numerosas reclamaciones previas de A en este sentido, sin hacer referencia a las limitaciones contenidas en el contrato. Esto no significa automáticamente que la confianza en las cláusulas impugnadas no fuera razonable o que no lo sean las cláusulas en sí, pero sí que es indicativo en este sentido sobre todo cuando se ha tratado de acuerdos con un coste muy elevado. Por todo esto, se concluye que B no ha demostrado que las condiciones cuestionadas satisfagan el requisito de razonabilidad, siendo ésta nula.

Por último, cabe señalar, al tratarse de la valoración de cláusulas insertas en contratos entre empresarios, la conveniencia de tener en cuenta si la cláusula bajo estudio es de uso común, es comúnmente conocida en el mercado o si ha sido el resultado de discusiones entre cuerpos representativos, puesto que, de ser así, reflejaría una visión general de lo que puede ser considerado como razonable en el mercado concerniente<sup>266</sup>.

### 3.2.i. Valoración de la protección al empresario como parte contractual débil

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que, aunque el sistema inglés otorga cierta protección a aquellos empresarios que ostenten la parte débil en un contrato, esta tutela no está carente de defectos. Pasando por alto las dificultades que genera la coexistencia de la UCTA y la UTCCR, que afectan especialmente a los consumidores<sup>267</sup>, y centrándonos sólo en la valoración en lo referente a la protección actual del contratante profesional, podemos enumerar una serie de aspectos negativos<sup>268</sup>.

En primer lugar, y desde la óptica de la técnica legislativa, la *Unfair Contract Terms Act* 1977 regula un sistema complejo sin una sistematización clara, con un lenguaje altamente técnico y con numerosas excepciones a las excepciones. Entrando a valorar el contenido, se echa en falta una regla similar a la contenida en la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, que incluya la exigencia de que las cláusulas estén redactadas en un lenguaje “plano e inteligible” y que expresamente mencione el criterio interpretativo *contra proferentem*. Asimismo, se considera limitado el ámbito de aplicación objetivo de la norma,

<sup>266</sup> LAWSON, R., *Exclusion clauses...*, op.cit., p. 186.

<sup>267</sup> De forma general, el hecho de que ni la norma de 1994 ni su reforma en 1999, hayan derogado la norma de 1977, da lugar a un sistema vigente de una gran complejidad, con casos que entrarían dentro del ámbito de ambas disposiciones, disposiciones que, además, utilizan diferente terminología y lenguaje. Sería el supuesto de las cláusulas que no se hayan negociado individualmente en los contratos con consumidores y que tuvieran por objeto la exclusión o limitación de responsabilidad, puesto que este tipo de cláusulas entrarían dentro del ámbito tanto objetivo como subjetivo de ambas normativas.

<sup>268</sup> Ver The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, (LAW COM N° 292) (SCOT LAW COM N° 199), 2005, pp. 8 y ss.

al no abarcar realmente todas las *unfair terms*, sino tan sólo aquellas cláusulas excluyentes o limitativas de responsabilidad. Esto quiere decir que quedan fuera del ámbito de control de la Ley las cláusulas que pretenden atribuir sólo a una parte del contrato ciertos derechos o aquellas que imponen obligaciones o responsabilidades a la parte “débil” que, de otra forma, no le habrían correspondido<sup>269</sup> sin que exista, además, un principio general de buena fe que pudiera dar cabida a estos supuestos de cláusulas injustas. Estas situaciones no incluidas en el ámbito objetivo de la UCTA podrían ser controladas por figuras como la equidad o por el Derecho imperativo que, sin embargo, afectarán en general sólo a los casos más extremos<sup>270</sup>. Por último, y como hemos visto, el carácter negociado o no de las cláusulas y la posición débil de uno de los contratantes en cuanto a la determinación del contenido solo se tiene en cuenta como presupuesto en un número muy reducido de supuestos e, indirectamente, como un criterio entre otros en la aplicación del “*reasonableness test*”, sin que en la práctica los tribunales sean muy proclives a considerar que una cláusula en contratos entre empresarios no supera el control de lo justo y razonable.

### **3.3. Proyecto sobre Unfair Terms in Contracts (*Law and Scottish Law Commission*): propuestas**

Teniendo en cuenta los aspectos criticables de la legislación vigente, se presenta en febrero de 2005 en el Parlamento del Reino Unido una propuesta para la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos que afecta, de forma especial, a la protección de ciertos empresarios<sup>271</sup>. Podemos hacer un esquema breve de las propuestas más interesantes en relación con el objeto de nuestro estudio:

- En primer lugar, y con carácter genérico, se propone unificar en un solo texto la UCTA y la UTCCR para eliminar los posibles problemas derivados de una regulación dual en algunos supuestos. Unido a esto, se plantea la necesidad de una redacción más clara y accesible al lector<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> WILLET, C., *Fairness in consumer contracts...*, op. cit., p. 453.

<sup>270</sup> *Ibidem*, op.cit., pp. 453 y ss. Acerca de la justicia en los contratos comerciales, el autor llama la atención sobre la falta de un principio general de justicia o buena fe que pudiera ser aplicado a todos los casos, también a aquellos que queden fuera del ámbito de la UCTA o a otros aspectos de las relaciones contractuales entre empresarios. A pesar de la existencia de reglas de *common law*, éstas no son suficientemente amplias como para abarcar todos los casos de abusividad que sí que podrían entrar dentro de la esfera de un principio general de buena fe.

<sup>271</sup> El ya mencionado texto, The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts...*, op. cit., 242 pp.

<sup>272</sup> Ver *Ibidem*, op.cit., pp. 19 y ss.



- Respecto al tráfico jurídico empresarial, se pretende en un momento inicial ampliar la protección otorgada en la UTCCR de 1999 a los consumidores a todos los contratos entre empresarios respecto de las cláusulas no negociadas<sup>273</sup>. Esta propuesta, altamente controvertida, tuvo apoyos significativos entre las entidades consultadas, que señalaban como un problema real en los contratos comerciales la existencia de cláusulas injustas en la medida en que, por ejemplo, son comunes las situaciones en las que la parte adherente es forzada a aceptar condiciones “*unfair*” de su proveedor de mayor tamaño sin posibilidad de negociación de las mismas por la propia naturaleza de la industria. Sin embargo, un gran número de las consultas limitaban la protección a la pequeña empresa, dadas las consecuencias indeseables que podrían derivarse de una extensión total de la tutela al ámbito empresarial, ámbito en el que es perjudicial la incertidumbre que podría resultar del hecho de que un amplio número de cláusulas de un contrato entre empresarios pudieran estar sujetas a revisión, incluso aunque tales cláusulas raramente pudieran ser consideradas como irrazonables o injustas. Estos efectos no apropiados en la esfera comercial llevaron a una modificación de la propuesta, abogando, en lo que a la generalidad de contratos entre empresarios se refiere, por mantener el nivel de protección de la UCTA<sup>274</sup>.

Teniendo en cuenta que, como se ha apuntado con anterioridad, existen dos tipos de test, el “test de lo razonable” y el “test de la justicia”, cabe preguntarse qué test se aplicaría en esta nueva regulación conjunta. La propuesta al respecto, a la vista de la pequeña diferencia entre ambos requerimientos, es que exista un único test combinado, el llamado “test de lo justo y lo razonable” (“*fair and reasonable test*”), test en el que se propone no incluir ninguna referencia expresa a la buena fe, por considerarlo un término ajeno al Derecho inglés que podría llevar a la confusión a los juristas y no obligatorio para cumplir con los requerimientos de la Directiva.

Los consultados que se manifestaron en contra de la supresión del concepto de buena fe alegaron que este hecho iba en contra del proceso de unificación y codificación del Derecho europeo de los contratos ya que la referencia a la buena fe es un estándar reconocido de forma general en los sistemas civiles<sup>275</sup>. Sin embargo, esta propuesta de basar el test simplemente en el criterio de lo “justo y razonable” no sorprende dado el reavivamiento del debate sobre la

<sup>273</sup> Ver *Ibidem*, Part 4. Preserving the protection afforded by UCTA in business contracts, pp. 59 y ss.

<sup>274</sup> Se introducen algunas excepciones ya que en algunos supuestos en los que, con la normativa vigente, las cláusulas están sujetas a control con independencia de que fueran negociadas o no (las recogidas en las s. 6(3) y 7(3)), se propone que sólo se supervisen en la nueva normativa si son cláusulas no negociadas.

<sup>275</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 39 y ss.

conveniencia de la adopción del concepto de “buena fe” que se produjo con la introducción del “*fairness test*”, a raíz de la Directiva de 1993<sup>276</sup>. Este concepto, que es parte fundamental del Derecho de contratos en muchos sistemas civiles, ha sido visto siempre con una cierta hostilidad por parte del Derecho inglés<sup>277</sup>.

Respecto a la lista de factores a tener en cuenta para concretar la injusticia de una norma, se entiende innecesario una duplicidad de listas, siendo aplicables a los contratos entre empresarios las mismas directrices que a la contratación con consumidores aunque teniendo en cuenta el carácter del sujeto destinatario y, por tanto, aplicándolas en un sentido diferente<sup>278</sup>.

- El ámbito en el que sí se propone una extensión prácticamente plena de la protección otorgada al consumidor a los empresarios es el correspondiente a los pequeños empresarios. Según las opiniones recabadas en el informe, hay una gran necesidad de una tutela intensificada en el caso de los “*small businesses*” por ser más vulnerables: existen situaciones en las que un pequeño empresario puede tener mucho menos conocimiento y experiencia que su proveedor, por ejemplo, y, en ese sentido, estar actuando casi como un consumidor aunque el contrato se desarrolle dentro del ámbito de su negocio. Por lo tanto, este tipo de empresarios, que sufren los problemas que puede encontrarse un profesional cualquiera cuando contrata fuera de su campo de experiencia, también lo hacen incluso cuando contratan dentro de su ámbito, encontrándose entre la protección al consumidor y el mayor poder de negociación del fabricante o suministrador<sup>279</sup>.

Respecto a la delimitación del concepto “*small business*”, tras descartarse una serie de criterios, se optó por determinar el tamaño en referencia al número de empleados<sup>280</sup>. Así, las entidades que podrían tener la consideración de “pequeñas empresas” serían aquellas

---

<sup>276</sup> Acerca de la polémica en torno al concepto de “good faith” en Derecho inglés, NEBBIA P., *Unfair contract terms...*, op.cit., pp. 146 y ss.

<sup>277</sup> MACKENDRICK, E., “The meaning of “good faith””, en ANDENAS, M.; DÍAZ ALABART, S.; BASIL, S. (et al.) (dirs.), *Liber Amicorum Guido Alpa, Private Law beyond the national systems*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 687 y ss. Sobre la ausencia de un principio general de buena fe, ver también WHITTAKER, S.; ZIMMERMANN, R., “Good faith in European contract law...”, op. cit., pp. 39 y ss.

<sup>278</sup> The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts...*, op. cit., p. 73.

<sup>279</sup> *Ibidem*, op.cit., pp. 79 y ss.

<sup>280</sup> A pesar de la popularidad del criterio de la facturación de la empresa, no parece el más adecuado ya que depende del sector en el que se desenvuelva la empresa, es inseguro y las propias entidades son reacias a revelar información sensible que podría ser importante para el mercado (*Ibidem*, op.cit., p. 87).

que contaran con nueve o menos empleados, catalogadas en otras clasificaciones como “*micro businesses*”<sup>281</sup>.

Sin embargo, además de la restricción de número de empleados, también existen, con independencia de este criterio, una serie de exclusiones de esta protección: los pequeños empresarios que forman parte de un grupo más grande; negocios sofisticados con pocos empleados; contrato con un valor de 500.000 libras; contratos en el campo de servicios financieros ya regulados. Se entiende que en estas situaciones no es procedente la equiparación de trato con los pequeños empresarios<sup>282</sup>.

Por tanto, la propuesta de reforma inglesa extiende la protección contra las cláusulas injustas a aquellos contratos en los que alguna o las dos partes son “pequeños empresarios”<sup>283</sup>, sujetándolos al test de lo justo y lo razonable como si fueran consumidores, aunque sólo respecto a cláusulas incorporadas por la otra parte dentro de un contrato mediante condiciones generales y que no hayan podido ser cambiadas a favor del pequeño empresario como resultado de una negociación.

Estas recomendaciones fueron aceptadas por el Gobierno en 2006<sup>284</sup> pero quedaron posteriormente en suspenso hasta que se hubiera debatido y aprobado la Directiva de la Unión Europea de Derechos de los consumidores en 2011. En mayo de 2012 se le pide a la Comisión que había presentado las recomendaciones en 2005 que las revisara y actualizara, pero solo en lo que concierne a los contratos entre empresarios y consumidores. Esto ha dado lugar a la *Consumer Rights Bill 2014*, que se encuentra en tramitación parlamentaria

---

<sup>281</sup> Aunque hay empresas que, teniendo más de nueve empleados y menos de cincuenta, es decir, siendo consideradas pequeñas empresas a todos los efectos, pueden tener dificultades para el acceso a servicios de asesoramiento legal, se ha preferido otorgar un nivel de protección mayor a un número más reducido de sujetos. Para el modo de cálculo del número de empleados se atiende al número del último día del mes anterior, calculado con una media que tiene en cuenta los doce meses anteriores a la conclusión del contrato, *ibidem*, op.cit., p. 88.

<sup>282</sup> *Ibidem*, op.cit., pp. 90 y ss.

<sup>283</sup> El ámbito de aplicación son los “*small business contracts*”, es decir, aquellos en los que una de las partes o las dos son pequeños empresarios. Si solo uno de los dos lo es –situación más habitual- solo éste puede beneficiarse de la regulación de las *unfair terms*. Sin embargo, se propone proteger también a los pequeños empresarios en sus negocios entre ellos puesto que, por una parte, la falta de sofisticación y acceso a servicios jurídicos o de asesoramiento puede aún así ser una desventaja de algunos pequeños empresarios en este tipo de contratos y, por otra, se constituye un régimen más simple y consistente (*Ibidem*, op. cit., p. 86). Entendemos que, al tener que ser un contrato no negociado, una de las dos partes –aun siendo ambos pequeños empresarios- tiene que tener una posición superior a la otra para poder imponer el contenido.

<sup>284</sup> Así se desprende de la carta remitida a la Comisión por el Ministro de Comercio, Inversión y Asuntos Exteriores, fechada el 24 de julio de 2006 ([http://www.dti.gov.uk/files/file\\_34128.pdf](http://www.dti.gov.uk/files/file_34128.pdf)).

en la actualidad<sup>285</sup>. Por lo tanto, a día de hoy, los contratos entre empresarios en el ordenamiento jurídico inglés siguen estando protegidos solo por la UCTA de 1977 sin que a corto plazo se haya previsto ninguna modificación puesto que la iniciativa legislativa se restringe a los contratos de consumo<sup>286</sup>.

#### 4. Protección en el ordenamiento jurídico alemán

##### 4.1. Regulación de las condiciones generales de la contratación: de la *AGB-Gesetz* de 1976 al BGB (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002)

Si existe un ordenamiento que presenta especial interés por la protección única que otorga al empresario en la contratación mediante condiciones generales y por la influencia en la legislación española es el ordenamiento jurídico alemán<sup>287</sup>. La regulación de esta disciplina se recoge, en un primer momento, en la “*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*”, conocida como *AGB-Gesetz* de 1976, norma que viene a codificar la protección que hasta este momento había permanecido en el ámbito jurisprudencial<sup>288</sup>. La *AGB-Gesetz* se había concebido, inicialmente, como una norma cuyo objetivo era tutelar al consumidor, aspecto que se transformó durante su tramitación, dando lugar a una ley que protege al adherente frente al predisponente de las condiciones generales y no tan sólo al consumidor frente al empresario<sup>289</sup>. Como tendremos ocasión de analizar a lo largo de este

---

<sup>285</sup> Concretamente, según la última información proporcionada (<http://services.parliament.uk/bills/2013-14/consumerrights.html>), en la *House of Commons* (12 de enero de 2015).

<sup>286</sup> Esto no quiere decir que no haya movimientos que sigan poniendo de manifiesto la necesidad de un régimen más protector que el vigente en los contratos de los “*small businesses*” (por ejemplo, se puede citar el interesante informe presentado por FLETCHER, A.; KARATZAS, A.; KREUTZMANN-GALLASCH, A., “*Small businesses as consumers: are they sufficiently well protected?*”, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, January 2014, 53 p., en colaboración con la Federación de Pequeños Empresarios, en el que se señala la creciente concienciación en el Reino Unido por las necesidades de regulación de estos sujetos)

<sup>287</sup> ULMER, P., “La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente – la armonización del Derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre CGC de 1976”, en ESPIAU ESPIAU, S. (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 1999, pp. 34 – 35; BADENAS CARPIO, J. M., “Comentario al artículo 2”, *Ámbito subjetivo...*, op. cit., p. 58.

<sup>288</sup> FUENTESECA, M., “Visión de las condiciones generales de la contratación tras la reciente reforma del BGB”, *Actualidad Civil*, nº 16, 14 al 20 de abril de 2003, p. 400; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 34; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, en SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Navarra, 2009, pp. 207 y ss. Acerca de la situación anterior a la codificación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, ver RAISER, L., *Das Recht...*, op. cit., en especial, acerca de las barreras de la validez de las condiciones generales, los límites de libertad contractual y el control de los tribunales a través de la cláusula general de la buena fe recogida en el § 242 BGB, pp. 277 y ss.

<sup>289</sup> Como consecuencia de la voluntad política se forma en 1972 un grupo de trabajo a través del Ministerio de Justicia que debe elaborar propuestas de solución para una regulación legal de la cuestión. Este grupo de trabajo presenta en marzo de 1974 un primer estudio, alejándose de los §§ 13 y ss AGBG (hoy UKlaG), que asienta importantes fundamentos para la regulación legal posterior. Respecto a las condiciones legales del

apartado, el destinatario de la tutela es el contratante débil, al margen de la consideración de si es empresario o consumidor<sup>290</sup>.

En bloque y con pocas modificaciones pasó a formar parte la *AGB Gesetz* del *BGB* alemán, en virtud de la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001<sup>291</sup>, dando lugar a los §§ 305 a 310 BGB cuyo contenido en lo que a control de condiciones generales se refiere procederemos a analizar para delimitar la protección que el ordenamiento alemán proporciona a los empresarios adherentes<sup>292</sup>.

En primer lugar, cabe señalar la existencia de un control de incorporación, recogido en los §§ 305 a 306 BGB. El § 305.1 apunta los rasgos básicos que conforman la figura de las “*condiciones generales de la contratación*”, entre los que enumera la predisposición y la utilización en una pluralidad de contratos, sin que tenga relevancia que las cláusulas constituyan una parte del contrato formalmente separada o estén recogidas en el mismo documento contractual y sin que quepa la existencia de condiciones generales cuando la

---

control de contenido, se establece una discusión en torno a tres aspectos principalmente: por una parte, si se debía utilizar una cláusula general o si se debería completar ésta con un catálogo de cláusulas ineficaces; por otra, saber de qué modo se “medía” la desproporcionalidad o inadecuación de las cláusulas, si en sentido positivo o negativo; por último, y en relación con el tema que nos ocupa, el tercer punto conflictivo versaba sobre la idea de limitar la protección al consumidor o bien ampliarla al empresario, pudiendo ser, a su vez, mediante los mismos artículos o bien a través de otra medida de control. Finalmente, el legislador alemán optó por ampliar su ámbito de aplicación, con limitaciones, también a los contratos entre empresarios. Al respecto, ver PFEIFFER, T., “Einleitung”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T. (et. al.), *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 4 – 5; BASEDOW, J., “Kommentar zum § 305 BGB”, en JÜRGEN, F.; RIXECKER, R. (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., Beck, München, 2007, pp. 1016 - 1018; BADENAS CARPIO, J. M., “Comentario al artículo 2...”, op.cit., pp. 58 – 59; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., p. 34.

<sup>290</sup> ULMER, P., “La protección contra cláusulas contractuales...”, op.cit., p. 36; FUENTESECA, M., “Visión de las condiciones generales...”, op. cit., p. 400; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, en SÁNCHEZ LORENZO, S.; MOYA ESCUDERO, M. (ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 318.

<sup>291</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, que entró en vigor el 1 de enero de 2002. Acerca de la integración de la *AGB Gesetz* en el Código civil alemán, polémica por ser en bloque y por la ubicación, en el Libro Segundo, regulador del Derecho de las Relaciones Obligatorias, tras el “Contenido de las relaciones obligatorias”, ver BASEDOW, J., “Kommentar zum § 305...”, op.cit., pp. 1018 –1019; PFEIFFER, T., “Einleitung...”, op.cit., pp. 7 – 8; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *ADC*, tomo LV, núm. 3, julio-septiembre 2002, pp. 1147 – 1149; “La modernización del derecho...”, op.cit., pp. 323 – 325; *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., pp. 34 – 35; FUENTESECA, M., “Visión de las condiciones generales...”, op.cit., pp. 397 – 398; CRISTOFARO, G., “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, *Rivista di diritto civile*, anno L, n. 4, luglio-agosto 2004, en especial, pp. 681 y ss; ZIMMERMANN, R., “Contract law reform: the german experience”, en VOGENAUER, S.; WEATHERILL, S., *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart, Oxford, 2006, pp. 71 – 87; PATTI, S., “Sulla riforma del Quarto Libro...”, op. cit., p. 209.

<sup>292</sup> La traducción que manejamos es la de VIVES MONTERO, M. L., “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1229 – 1310, en especial, pp. 1243 a 1253.

cláusulas contractuales hayan sido negociadas individualmente por las partes<sup>293</sup>. Por su parte, el § 305 en sus apartados 2 y 3, así como los párrafos siguientes, se encargan de regular los requisitos que deben cumplir las cláusulas para entenderse incorporadas al contrato, tanto en general<sup>294</sup> como en ciertos casos especiales<sup>295</sup> y de hacer referencia a normas tales como la prevalencia de los acuerdos individuales<sup>296</sup>, la no inclusión de las cláusulas sorprendentes y ambiguas<sup>297</sup>, la interpretación *contra proferentem*<sup>298</sup> así como las consecuencias jurídicas en el caso de no incorporación de una cláusula y régimen de ineficacia<sup>299</sup>. Volveremos sobre las exigencias de incorporación al hacer referencia al mandato de transparencia material.

A este control de incorporación, el legislador alemán añade un segundo control que pretende fiscalizar el fondo de la cláusula, esto es, un control de contenido cuya estructura, que analizaremos en profundidad a continuación, se puede esquematizar en:

- una cláusula general de buena fe, recogida en el § 307 BGB (antiguo § 9 AGBG) y que protege a todo tipo de adherente, sea consumidor o no;
- dos listados de cláusulas que complementan a la disposición general anterior y que son de aplicación en exclusiva a contratos de consumo. Se dividen en cláusulas relativamente prohibidas, en la medida en que están sujetas a

---

<sup>293</sup> § 305.1 BGB: “*Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind*”.

<sup>294</sup> Según el § 305.2 BGB, para que las condiciones generales formen parte del contrato, el predisponente debe, en el momento de celebración del mismo, hacer una referencia expresa a ellas o exhibirlas de manera claramente visible así como facilitar a la otra parte la posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido, en función de la capacidad de la contraparte que el predisponente pueda reconocer.

<sup>295</sup> El § 305a BGB hace referencia a requisitos especiales para los casos de tarifas de ferrocarril, tranvías, trolebuses y demás vehículos de línea regular, correos y telecomunicaciones.

<sup>296</sup> § 305b BGB establece que “*los acuerdos individuales prevalecerán sobre las condiciones generales de la contratación*” (“*Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen*”).

<sup>297</sup> En virtud del § 305 c, 1 BGB, no se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, en atención a las circunstancias, en especial a la apariencia externa del contrato, resulten tan insólitas que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas.

<sup>298</sup> El § 305c, 2 BGB, recoge la tradicional regla hermenéutica según la que las dudas en la interpretación de las condiciones generales de la contratación perjudicarán al predisponente (“*Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders*”).

<sup>299</sup> El § 306 BGB alude a la vigencia del contrato en la parte que no sea declarada ineficaz o que no se entienda por no incorporada salvo cuando su subsistencia, incluso teniendo en cuenta la complementariedad de las disposiciones legales, represente una carga irrazonable para una de las partes (“*Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden*”).

valoración (§ 308 BGB, antiguo § 10 AGBG) y cláusulas absolutamente prohibidas, al ser ineficaces sin posibilidad de valoración “*incluso cuando esté permitida una desviación de las disposiciones legales*” (§ 309 BGB, antiguo § 11 AGBG).

#### 4.2. Protección del empresario adherente

Una vez descrita la estructura básica de la regulación, que se organiza en torno a estos dos controles tradicionales, formal y material, el siguiente paso es delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa alemana en lo que a nuestro trabajo se refiere, es decir, respecto al tráfico comercial. El § 310 BGB (antiguo § 24 AGBG) cumple el papel central de determinar qué párrafos son de aplicación a los contratos entre empresarios.

Así, el § 310.1 excluye la aplicación del control de incorporación recogido en el § 305, en sus apartados 2 y 3 así como los catálogos de cláusulas prohibidas de los §§ 308 y 309 BGB, a las condiciones generales incluidas en un contrato cuyo adherente sea un empresario, persona jurídica de derecho público o patrimonio separado de derecho público<sup>300</sup>. Todas las demás disposiciones sí que rigen para el tráfico comercial, disposiciones entre las que se encuentra el § 307, apartados 1 y 2 –regulador del control de contenido a través de la cláusula general de la buena fe- que “*será de aplicación en los casos del inciso primero –contratación entre empresarios- aun cuando ello dé lugar a la ineficacia de las condiciones contractuales mencionadas en los §§ 308 y 309; se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial*”<sup>301</sup>.

Esto es, como resultado, el ordenamiento jurídico alemán no restringe la protección frente a las cláusulas abusivas al consumidor sino que, expresamente, la extiende al empresario adherente que, según lo expuesto, se verá tutelado por la cláusula general de buena fe, teniendo en cuenta siempre las peculiaridades de la contratación empresarial a través de los usos y costumbres vigentes concernientes.

<sup>300</sup> § 310.1 BGB: “§ 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden [...]”.

<sup>301</sup> § 310.1 BGB: “[...] § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessene Rücksicht zu nehmen. [...]”. El § 310.1 BGB se ha visto modificado en octubre de 2008 por el que se añade un inciso que excluye del ámbito de aplicación del § 307, apartados 1 y 2, es decir, del control de contenido, a determinados contratos entre empresarios en los que se recoge lo dispuesto en la normativa de Adjudicación y Contratación para la Construcción (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B - VOB/B*).

Es de notar, antes de pasar a centrarnos en cada uno de los elementos que componen el control de contenido aplicable a los empresarios, que el texto alemán no limita la protección a ciertos empresarios. Por ejemplo, a los pequeños y medianos empresarios -de forma similar a lo que se pretendía en el Reino Unido y su figura del *small business* o *micro business*- o a los minoristas respecto de los proveedores -por ejemplo, en el caso del contrato de *subfornitura* en el ordenamiento jurídico italiano- sino que extiende el ámbito de aplicación de la cláusula general de buena fe a todo empresario adherente.

El concepto de “*Unternehmer*” del § 310 se determina a través del § 14 BGB, que considera como empresario a aquella persona física o jurídica que, en una transacción, actúa en el ejercicio de su comercio, negocio o profesión<sup>302</sup>. Esta noción de “empresario”, más amplia, ha ocupado el lugar de la de “comerciante” (“*Kaufmann*”) preexistente antes de la Reforma del Código mercantil (HGB) de 1998<sup>303</sup>. Así, a efectos de aplicación de los §§ 305 a 310 BGB, toda persona que es comerciante, es también empresario<sup>304</sup>. De la definición de “*Unternehmer*” en el § 2 HGB se desprende que hay ciertos determinados grupos de comerciantes -que también entrarían dentro de la noción de “empresarios” según la terminología de la disciplina de las condiciones generales de la contratación- que tienen menos necesidades de protección que otros debido a su poder de negociación o posición económica. Aunque, como hemos señalado, el BGB no hace distinción entre tipos de empresarios, se ha planteado que el recurso a los usos y costumbres vigentes en el comercio (“*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*” del § 310.1 BGB) puede ser la vía para diferenciar la intensidad del control a aplicar también dentro de la propia categoría de empresario y en los distintos grupos de clientes que comparten la cualidad de “*Unternehmer*”<sup>305</sup>. Ya que la protección se extiende para todo “empresario” adherente en general, la intensidad del control se puede modular a través de una ponderación de intereses adecuada según el sujeto a proteger.

---

<sup>302</sup> § 14 BGB: “(1) *Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt*”.

<sup>303</sup> Ley de 22 de junio de 1998, con fecha de entrada en vigor 1 de julio del mismo año.

<sup>304</sup> Acerca de la noción de “*Unternehmer*” como parte contractual, KARATZENIS, F., *Zur Anwendung der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz im Handelsverkehr*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1989, p. 5; WOLF, M., “§ 310 Abs. 1, Anwendungsbereich”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 911 y ss.; BASEDOW, J., “Kommentar zum § 305 BGB...”, op. cit., pp. 1405 y ss.; SCHLOSSER, P., “Kommentar zum § 310 BGB”, en STAUDINGER, J.; ALBRECHT, K. D.; CHRISTIAN B. (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Sellier de Gruyter, Berlin, 2006, pp. 728 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., p. 38.

<sup>305</sup> BERGER, K. P.; KLEINE, L., *AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Betriebs Beraten*, núm. 40, 2007, pp. 2137 – 2139; WOLF, M., “Kommentar zum § 310...”, op. cit., pp. 917 y ss.



#### 4.2.i. Cláusula general de buena fe y *Transparenzgebot* (§ 307.1 y 2 BGB)

El § 310.1 BGB excluye la aplicación de un control de incorporación a las cláusulas mediante condiciones generales en la contratación entre empresarios pero, por el contrario, prevé la aplicabilidad de un control de contenido que se articula en torno a una cláusula general y tres presunciones.

El eje central del control, contenido en el apartado primero del § 307 BGB<sup>306</sup> dispone que:

*“Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”.*

Por lo tanto, parece que tienen que darse ambos elementos, esto es, contravención de la buena fe (*“entgegen den Geboten von Treu und Glauben”*<sup>307</sup>) y perjuicio indebido (*“unangemessenen Benachteiligung”*), para que una cláusula pueda reputarse como abusiva y, por tanto, ineficaz. Dado que estos términos son generales, el legislador alemán, a modo aclaratorio, añade tres criterios que ayudan a interpretar cuándo, *“en caso de duda, se presume un perjuicio indebido”* que, en virtud del § 307.2 BGB será cuando la cláusula no sea compatible con los principios esenciales de la regulación legal de la que difiere o cuando se limiten derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo<sup>308</sup>.

<sup>306</sup> § 307.1 BGB: *“Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist”.*

<sup>307</sup> Acerca de la evolución del concepto de “buena fe” en el Derecho alemán, ver WHITTAKER, S.; ZIMMERMANN, R., “Good faith in European contract law...”, op. cit., pp. 18 y ss. Los autores resaltan la importancia en el ordenamiento jurídico alemán de este principio a lo largo de los años, principio abundantemente utilizado en las decisiones de los tribunales -ha sido visto por algunos autores como una *“baneful plague”* (plaga dañina) mientras que, para otros, era la *“queen of rules”* (reina de las reglas)- que, en los últimos años ha cedido peso, sin embargo, a favor del § 138 I BGB, que recoge la prohibición de que cualquier negocio jurídico atente contra las buenas costumbres. En la actualidad, tal y como se señala, un gran número de instituciones legales “basadas” en el § 242 BGB han adquirido una vida independiente, como sería el caso, entre otros, del tema que nos ocupa, el control de cláusulas en contratos de adhesión, regulado en la AGB-Gesetz y, en la actualidad, en el propio BGB alemán.

<sup>308</sup> Vemos aquí alusión en cierta medida a la ya apuntada idea del Derecho dispositivo como modelo de regulación del que no debería apartarse una regulación equilibrada. (§ 307.2 BGB: *“Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist”.*)

La tercera pauta es la que aparece formulada en el párrafo anterior del mismo parágrafo, *in fine*: “un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”<sup>309</sup>. Esta mención es una de las pocas novedades que introduce la Ley de Modernización de 2002 en la integración de la AGBG en el BGB y codifica la práctica jurisprudencial según la cual otro supuesto de ineficacia contrario a la buena fe es la falta de transparencia<sup>310</sup>. El mandato de transparencia (“*Transparenzgebot*”), que es válido hoy como un principio elemental del Derecho de las condiciones generales de la contratación, es un principio relativamente nuevo puesto que hasta la entrada en vigor de la AGBG no se descubre, siendo el centro de discusión a finales de los años ochenta y erigiéndose como elemento básico de esta disciplina en la actualidad<sup>311</sup>.

En el marco del control de contenido, especifica el § 307 I 2 que una cláusula dentro del ámbito de las condiciones generales de la contratación puede ser considerada como causante de un desequilibrio inadecuado a la otra parte contractual si no es clara y comprensible. Obliga al usuario de este tipo de cláusulas, por lo tanto, a la claridad y a la inteligibilidad y pretende garantizar que la parte contractual sea consciente de sus derechos y obligaciones. Efectivamente, se trata de realizar una ponderación de intereses a través del § 307 BGB de tal forma que se exija una formulación de la cláusula evidente, concreta y clara, que posibilite al cliente conocer el alcance jurídico y económico de las cláusulas a las que se adhiere<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> “Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist”.

<sup>310</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un nuevo Derecho de obligaciones...”, op.cit., p. 1150; *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., p. 46. Una ilustración sobre jurisprudencia de los años ochenta en KOLLER, I., “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, en BAUR, J. F.; HOPT, K. J.; MAILÄNDER, K. P., *Festschrift für Ernst Steindorff, Walter de Gruyter*, Berlin, 1990, pp. 671 y ss; SCHÄFER, J., *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien, 1992, pp. 184 y ss.

<sup>311</sup> HELLWEGE, P., “§§ 305-310, Teil II: Geltungsgrund und Geltungsvoraussetzungen; Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit; Transparenzgebot”, en SCHMOECKEL, J. R.; ZIMMERMANN, R., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1470 y ss.

<sup>312</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 1470 y ss.; LOCHER, H., *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 3 ed., Beck, München, 1997, pp. 143 y ss; BERGER, K. P.; KLEINE, L., “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele aus der jüngeren BGH-Rechtsprechung zum unternehmerischen Geschäftsverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 49, 2007, pp. 3526 y ss.; KIENINGER, E. M., “Kommentar zum § 307 BGB”, en JÜRGEN, F.; RIXECKER, R. (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., Beck, München, 2007, pp. 1142 – 1146; WOLF, M., “Kommentar zum § 307 BGB”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 367 y ss.

Al estar incluido este principio en el § 307 I BGB, párrafo incluido dentro del ámbito de aplicación de los contratos celebrados entre empresarios, el mandato de transparencia no sólo es válido en la contratación con consumidores sino que también lo es en el tráfico jurídico empresarial mediante condiciones generales de tal forma que el predisponente está obligado a formular el contenido de las cláusulas conforme a los límites de esta norma. Este hecho tiene una especial importancia al no estar incluidos los contratos entre empresarios, como se apuntó en el estudio del § 310 BGB, dentro del ámbito de aplicación del control de incorporación.

Antes de ver la utilización concreta por parte de los tribunales del “*Transparenzgebot*”, cabe plantearse, como ha hecho algún autor, el verdadero alcance de este mandato, bien como criterio autónomo, bien como un elemento más a considerar en la valoración del desequilibrio. Parece que la solución más aconsejable es utilizar este criterio exigiendo también la existencia de un desequilibrio material para apreciar la abusividad de una cláusula concreta y evitar, así, un abuso del criterio por parte de los tribunales que pueden “*negar la eficacia de las cláusulas por el hecho de que las cláusulas no sean claras y comprensibles*”<sup>313</sup>. Efectivamente, como se ha expuesto con anterioridad, este mandato es una pauta entre otras acerca de cuándo se presume que puede existir un perjuicio indebido que, en cualquier caso, debe ser contrario a la buena fe.

A pesar de la clara aplicabilidad de esta disposición al tráfico empresarial, en el que también existen adherentes merecedores de protección en este sentido, no se deben olvidar las particularidades de dicho ámbito respecto de la contratación con consumidores y las diferentes posibilidades de entendimiento que existen entre estos dos grupos de sujetos. Dado que la transparencia, como hemos señalado, está íntimamente vinculada con la capacidad de comprensión del adherente, parece evidente que la experiencia comercial posibilita a un empresario tener unas mayores posibilidades de conocimiento y una mayor información. Por lo tanto, los requisitos del mandato de transparencia deben ser adaptados a los horizontes empresariales implicando, en general, una relajación de los mismos, sin que pueda ser aplicado el principio con la misma intensidad como en el ámbito de la contratación con consumidores. Como resultado de esta diferente valoración, puede ser una

---

<sup>313</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., pp. 46 – 47.

cláusula concreta no transparente y, por tanto, ineficaz, en un contrato con un consumidor y tener validez, por el contrario, en un ámbito en el que ambas partes son empresarios<sup>314</sup>.

Pero no sólo el § 307 I 2 BGB debe aplicarse diferenciando entre destinatario consumidor o empresario, sino que también el tratamiento debería ser distinto dentro del amplio grupo de sujetos que se dedican a la actividad empresarial. Es evidente que no tiene las mismas posibilidades de experiencia y entendimiento, por ejemplo, un minorista de pequeño tamaño que una gran empresa distribuidora. La posición económica o el poder de negociación condicionan las necesidades de protección<sup>315</sup>. Una vía para permitir apreciar las particularidades del tráfico jurídico empresarial y estas situaciones dispares es el recurso a los “*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*” al que, por otra parte, obliga el legislador alemán en el § 310 I *in fine* para el caso de la contratación “*gegenüber einem Unternehmer*”. Esta flexibilidad del control de contenido incluso dentro del comercio con empresarios garantiza tener en cuenta las distintas necesidades de protección de los distintos tipos de clientes<sup>316</sup>.

En la sentencia del KG Berlín de 17 de abril de 1991<sup>317</sup>, no es de aplicación la sanción del criterio de la transparencia material en el caso de estipulaciones accesorias al precio mediante formularios en un contrato de crédito con tomadores independientes o industriales. Según el órgano jurisdiccional, el mandato de transparencia proporciona, en este tipo de estipulaciones, protección al consumidor privado, que carece de experiencia en la materia así como de relaciones profesionales o comerciales, permitiéndole recibir oportunidades de mercado adecuadas a sus intereses. Los criterios de aplicación de este control se deben ajustar al nivel de entendimiento del “*cliente medio*”. En el caso de personas que cierran un contrato de crédito en la rama de su actividad comercial y teniendo en cuenta, a través de los §§ 24 y 9 AGB, las costumbres y usos vigentes en el tráfico comercial, puede no haber vulneración del mandato. Así, en el supuesto de hecho, se concede un crédito para la construcción de viviendas a clientes que se dedican comercialmente a la construcción de viviendas y su financiación y que disponen, por ello, de la experiencia comercial y los conocimientos típicos (aunque del texto de la sentencia se desprende que no actúan como “*kaufleute*” en el supuesto concreto). En este caso sería superflua una aclaración o ilustración sobre conceptos tales

---

<sup>314</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 373 – 374; COESTER, M., “Kommentar zum § 307 BGB”, en STAUDINGER, J.; ALBRECHT, K. D.; CHRISTIAN B. (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Sellier de Gruyter, Berlin, 2006, p. 312.

<sup>315</sup> BERGER, K. P.; KLEINE, L., “AGB-Kontrolle im unternehmerischen...”, op. cit., p. 2139.

<sup>316</sup> BERGER, K. P.; KLEINE, L., “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele...”, op. cit., pp. 3527 y ss.

<sup>317</sup> KG Berlin 23. Zivilsenat 23 U 571/90.

como el aumento del tipo de interés real en una cláusula de liquidación de amortización. Por tanto, en este caso se deniega la protección a través del criterio de la transparencia material<sup>318</sup>.

Por su parte, el BGH, en su sentencia de 20 de julio de 2005<sup>319</sup> declara la ineficacia de una cláusula contenida en un contrato mediante condiciones generales entre dos empresarios de la rama del automóvil, por no cumplir con los requisitos de transparencia material del § 307 BGB. Así, el demandado, un distribuidor de automóviles y piezas de automóvil en una red de concesionarios oficiales de Alemania, utiliza contratos mediante formularios en los que hace referencia, de forma “telegráfica”, a los derechos de la parte adherente y a las obligaciones del predisponente bajo el concepto “*Kardinalpflichten*”. Argumenta el BGH que no se puede esperar que un comerciante medio conozca el contenido de este concepto, como profano en Derecho que es y que la normativa obliga a los usuarios de condiciones generales de la contratación a exponer de forma más clara y evidente los derechos y obligaciones de las partes contractuales. Esta resolución, conocida como la sentencia “*Kardinalpflichten*”, ha sido ampliamente comentada por la doctrina, que considera que “*ha impactado como una bomba en la práctica sobre cláusulas en contratos entre empresarios*”<sup>320</sup> pues obliga a que, en virtud del principio de transparencia, una cláusula de exoneración de la responsabilidad haga referencia de forma descriptiva a la responsabilidad por vulneración de las “obligaciones cardinales”. Este hecho, que el Tribunal ve como un remedio para subsanar una explicación abstracta y deficiente del concepto comentado, se ha criticado por haber ido quizás demasiado lejos en la diferenciación, no sólo entre consumidor y empresario, sino incluso dentro este último grupo. Si bien hay que tener en cuenta las diferentes posibilidades de entendimiento del sujeto adherente, aún siendo empresario, la figura de las “obligaciones cardinales” está extendida en la práctica contractual empresarial alemana<sup>321</sup>. Parece, por tanto, que a partir de esta sentencia, no sólo obligaría el criterio de la transparencia material

---

<sup>318</sup> “*Werden (hier) Wohnungsbaudarlehen an Kunden vergeben, die zwar nicht kaufleute sind, die aber den Wohnungsbau und dessen Finanzierung geschäftsmäßig betreiben und damit typischerweise über geschäftliche Erfahrungen verfügen, die eine Aufklärung über die effektivzinssteigernde Wirkung einer Tilgungsverrechnungsklausel überflüssig machen, so ist für diesen Personenkreis bei der begotenen generellen Betrachtungsweise das vom Transparenzgebot vorausgesetzte Schutzbedürfnis zu verneinen*”.

Aunque en la sentencia de 10 de julio de 1990 el BGH (BGH 11. Zivilsenat XI ZR 275/89), al hilo de una cláusula de cálculo de tipo de interés que resulta onerosa para el cliente en un contrato de préstamo anual, había dicho que, como medida para saber si una cláusula AGB no satisface los requisitos del mandato de transparencia material del § 9 AGB (actual § 307 BGB), no sirven las expectativas y posibilidades de conocimiento de la concreta parte contractual sino las expectativas y posibilidades de conocimiento de un cliente medio, atendiendo a las características del contrato típico en juego al momento del cierre del contrato. En el supuesto de la sentencia, el hecho de que la concreta parte contractual, a causa de su formación y de su profesión, tuviera conocimientos y posibilidades de entendimiento más amplias, permanece fuera de consideración.

<sup>319</sup> BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 121/04.

<sup>320</sup> GRAF V. WESTPHALEN, F., “AGB-Recht im Jahr 2005”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 31, 2006, p. 2232.

<sup>321</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 50, que hace una breve reseña de la sentencia (en español).

del § 307 I 2 BGB a formular las cláusulas de forma entendible sino también a señalar abiertamente las cargas y gravámenes asociados<sup>322</sup>.

Con matices en cuanto a la ineficacia de una cláusula, aborda el BGH varios aspectos del mandato de transparencia material en la sentencia de 18 de abril de 2007<sup>323</sup>, al hilo de un contrato mediante condiciones generales entre un empresario de aceite mineral y el titular de una gasolinera, según el cual este último tiene que vender combustible y aceites para motores en la tienda que gestiona en la gasolinera sobre la base de un contrato de franquicia. Considera el Tribunal que ciertas especificaciones dentro de paréntesis en una cláusula sin que éstas sean claras o entendibles (referidas al cálculo de la facturación de los gastos variables), limitan su eficacia. El BGH confirma la decisión del Tribunal de instancia y concluye que las adiciones entre paréntesis no son transparentes aunque, considerando a la cláusula como divisible, declara la validez del resto de la disposición<sup>324</sup>.

Por su parte, en la sentencia de 17 de octubre de 2013<sup>325</sup>, el BGH, en un contrato de transporte entre empresarios sujeto a la ASB (*“Allgemeinen Stauereibedingungen”*<sup>326</sup>) y respecto de una cláusula que limita la responsabilidad imponiendo un máximo a la indemnización, no considera que adolezca de falta de transparencia del § 307 I 2 BGB. Por una parte, el contenido de la cláusula proviene de la ASB, regulación ampliamente conocida en el sector empresarial. Además, no puede entenderse que el concepto por el que se hace referencia a la unidad de carga en función de la que se calcula la indemnización - *“Ladeeinheit”* (*“EURO 5.000 pro Ladeeinheit (Container, Palette, Collo etc.)”*, reza la cláusula)- no está suficientemente aclarado mediante ejemplos ni sea determinado para un cliente medio empresario<sup>327</sup>.

<sup>322</sup> BERGER, K. P.; KLEINE, L., “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot...”, op. cit., pp. 3526 y ss.

<sup>323</sup> BGH Zivilsenat VIII ZR 117/06. Resolución comentada por GRAF V. WESTPHALEN, F., “AGB-Recht im Jahr 2005...”, op.cit., p. 2235; BERGER, K. P.; KLEINE, L., “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot...”, op. cit., pp. 3526, 3529.

<sup>324</sup> El BGH confirma la decisión del Tribunal de instancia: *“Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht die Klausel 3 nicht für insgesamt unwirksam gehalten, sondern lediglich hinsichtlich des Klammerzusatzes “(entsprechend der derzeitigen wirtschaftlichen Gegebenheiten)”;* es hat die Klausel für insoweit teilbar und im Übrigen für wirksam gehalten”.

<sup>325</sup> BGH Zivilsenat I ZR 226/12.

<sup>326</sup> Condiciones generales de estibadores.

<sup>327</sup> *“Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Haftungs-begrenzungsregelungen in Abschnitt X Ziffer 6.2 ASB nicht wegen Verstoßes gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB normierte Transparenzgebot unwirksam sind.” [...] “Die ASB finden im geschäftlichen Verkehr zwischen Kaufleuten Anwendung, so dass es auf deren Verständnis der Regelungen in Abschnitt X Ziffer 6.2 ASB ankommt.” [...] “Das Berufungsgericht hat auch mit Recht angenommen, dass der Begriff “Ladeeinheit” angesichts der erläuternden Beispiele in Abschnitt X Ziffer 6.2 ASB (Container, Palette, Collo) und des allgemeinen Sprachgebrauchs für ei-nen (kaufmännischen) Durchschnittskunden hinreichend bestimmt ist. Die Beschwerde erhebt dagegen auch keine Beanstandungen”.* Del mismo modo, se niega que la cláusula de limitación de responsabilidad sea ineficaz por contrariedad con la cláusula general de la buena fe del § 307 I 1 BGB.

Conociendo de un contrato mediante condiciones generales de alquiler de local de negocio en un centro comercial, en su sentencia de 10 de septiembre de 2014<sup>328</sup> el BGH tiene la ocasión de pronunciarse acerca de la transparencia de ciertas cláusulas, con distinto resultado. Así, no es sorprendente ni vulnera el deber de transparencia del § 307 I 2 BGB, la cláusula por la que se prorratan los gastos de administración aunque no contenga ninguna limitación o cantidad máxima para esos gastos<sup>329</sup>. Por el contrario, sí deviene ineficaz por no ser transparente la imposición al arrendatario de la obligación de mantenimiento y reparación de las superficies e instalaciones comunes utilizadas, sin limitación de cantidad (ya que se trasladan al arrendatario costes que no se corresponden con el uso del alquiler y que no entran dentro de su “ámbito de riesgo”). Asimismo se considera contraria al § 307 I 2 BGB una cláusula del contrato de alquiler de local de comercio que no impone el desglose por separado de gastos adicionales a los gastos de administración.

#### **4.2.ii. *Indiztheorie* (§§ 308 y 309 BGB)**

Como sabemos, de la lectura del § 310 I BGB se evidencia la intención del legislador alemán de extender el control de contenido a los contratos entre empresarios pero limitado a la cláusula general de buena fe, excluyendo expresamente la aplicación de los catálogos de cláusulas relativa y absolutamente prohibidas contenidos en los §§ 308 y 309 BGB. Sin embargo, ya desde la AGBG, a pesar de que la voluntad legislativa caminaba en ese sentido, se ha mantenido un acuerdo amplio en la doctrina y la jurisprudencia<sup>330</sup> acerca de una posible valoración de estas cláusulas también en la esfera de la contratación empresarial: parecía lógico pensar que ciertos acuerdos prohibidos en el tráfico con consumidores lo pudieran estar también en el seno de un contrato entre empresarios.

---

<sup>328</sup> BGH Zivisenat XII ZR 56/11.

<sup>329</sup> La jurisprudencia del BGH considera que no son sorprendentes las cláusulas de reparto de los gastos comerciales y técnicos de gestoría inmobiliaria y el mismo razonamiento aplica a los gastos de administración. Además, la cláusula no es sorprendente pues los costes pueden ser calculados y los derechos y obligaciones de las partes se muestran de forma clara y evidente.

<sup>330</sup> Un resumen de sentencias del VII., VIII. y restantes *Senate* de los primeros años se puede encontrar en OHLENDORF B., *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz*, Recht und Wirtschaft GMB, Heidelber, pp. 33 y ss., 52 y ss. Mientras que en las primeras sentencia se apunta el razonamiento de la buena fe según el § 9 AGBG para fundamentar el examen de la proporcionalidad, se evoluciona en las siguientes al sustituir la afirmación de que los §§ 10 y 11 AGBG no tienen aplicación en la contratación entre empresarios por aquella otra en la que se alega que no tienen aplicación *directa*. A partir de este momento, en las sentencias ha ido en aumento la utilización de estos párrafos hasta culminar con la fijación del así llamado efecto indiciario en el ámbito de la contratación empresarial.

Recordemos cómo en el Ordenamiento jurídico francés, en este sentido y aun con las diferencias que hay entre ambos regímenes, el Consejo Constitucional ha permitido a los Tribunales inspirarse en normas de consumo para la aplicación práctica del art. L. 442-6 I 2° del Código de comercio.

Así, el BGH elabora la llamada “Teoría de los Indicios” (*“Indiztheorie”*) según la cual, *“cayendo una cláusula dentro de las prohibiciones del § 11 AGB-Gesetz para los consumidores, esto es un indicio para entender que también en el caso de la contratación entre empresarios conlleva un desequilibrio inadecuado a menos que pueda ser considerado como proporcional a causa de los intereses y necesidades particulares del tráfico jurídico empresarial”*<sup>331</sup>. Efectivamente, las prohibiciones de los catálogos no pueden ser aplicadas ni de forma directa ni de forma análoga, dada la prohibición legislativa expresa, pero sí que sirven de base para una valoración paralela en la esfera comercial<sup>332</sup>.

Como razones que justifican esta aplicación, matizada, de las cláusulas prohibidas en el ámbito del consumo en el comercio entre empresarios, se ha señalado, por una parte, una función de descongestión, en la medida en que los §§ 308 y 309 ABGB concretan la cláusula general de buena fe aportando el legislador, mediante estos casos concretos, una serie de directrices para el tráfico jurídico. Esto da lugar a otro argumento para tener en cuenta los catálogos de prohibiciones: aumenta la claridad y seguridad jurídica. Así, el

<sup>331</sup> BGH VII. Zivilsenat 8 de marzo de 1984, a modo de ejemplo. Incluimos la argumentación que, en el mismo sentido, recoge la más moderna sentencia del BGH de 10 de septiembre de 2014 (BGH Zivilsenat XII ZR 56/11). En ella, el Tribunal incide sobre el hecho de que las listas de cláusulas absoluta o relativamente prohibidas para consumidores no son de aplicación a los contratos entre empresarios (en el caso concreto, se trataba del § 308 5 BGB, “declaraciones ficticias”), sobre la necesidad de tener en cuenta los usos y costumbres en el tráfico mercantil para este tipo de contratos pero también sobre el efecto indiciario que para la ineficacia de una cláusula incluso en contratos entre empresarios pueden tener las cláusulas prohibidas con consumidores: *“Allerdings ist das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB hier nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich bei der Klägerin um einen Unternehmer handelt. Auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, findet § 308 BGB keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 308 BGB aufgeführt sind. Dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das bedeutet, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverboten zum Ausdruck kommenden Wertungen berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind. Den Klauselverboten kommt im Rahmen der Inhaltskontrolle somit Indizwirkung für die Unwirksamkeit der Klausel auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu. Fällt eine Klausel bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm der §§ 308, 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden”*.

<sup>332</sup> RABE, D., “Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 1987, pp. 1980 y ss.; KARATZENIS, F., *Zur Anwendung der Generalklausel...*, op.cit., pp. 43 y ss.; MERKEL, H., “AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Bankentgelten im Geschäftsverkehr mit Unternehmen”, en HABERSACK, M.; JOERES, H. U.; KRÄMER, A., *Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe*, RWS, Köln, 2009, pp. 142 y ss.; LOCHER, H., *Das Recht der Allgemeinen...*, op.cit., pp. 148 y ss.; LUTZ, R., *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote*, Beck, München, 1991, pp. 23 y ss.; KIENINGER, E. M., “Kommentar zum § 307 BGB...”, op.cit., pp. 1151 – 1152; WOLF, M., “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 352; DAMMANN, “Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 417 y ss.; COESTER, M., “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., pp. 217 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., pp. 38 y ss.



§309 BGB (“lista negra”) supone anticiparse a la declaración de ineficacia de una cláusula en una sentencia mediante una valoración del legislador que hace innecesario un ulterior examen. Por su parte, el § 308 BGB (“lista gris”) tan sólo recoge los riesgos típicos de los contratos y enjuicia desproporciones pero no exime por completo de una valoración judicial de la cláusula en cuestión<sup>333</sup>.

Una cláusula mediante la que se reduce el plazo del servicio de garantía en un contrato de obra entre empresarios que actúan en la explotación de su actividad y que tiene por objeto el encargo de la construcción de dos tanques, puede ser ineficaz en este contexto de igual modo que lo sería en un contrato con consumidores, tal y como afirma el BGH en su sentencia de 8 de marzo de 1984<sup>334</sup>. Mientras que en el último caso sería de aplicación directa el § 11.10.f AGBG, en el supuesto de hecho, la cláusula que reduce el plazo de garantía a dos años, en lugar de los cinco establecidos para este tipo de contratos, causa un desequilibrio inadecuado contrario a la buena fe, lo que implicaría su ineficacia según lo dispuesto en el § 9 AGBG (actual § 307 BGB).

En un contrato entre un productor de materiales de construcción químicos y un laboratorio que lleva a cabo labores de investigación y desarrollo en relación con construcciones y obras, mediante el cual el segundo se obliga a desarrollar un sellador elástico, entiende el BGH, en su sentencia de 11 de noviembre de 1992<sup>335</sup>, que no pasa el control de contenido del § 9 AGBG una cláusula que excluye de forma desproporcionada la responsabilidad del predisponente limitando la cantidad a reclamar en el caso de vulneración de obligaciones esenciales del contrato. La exclusión de responsabilidad por negligencia leve estaría, en principio, permitida por el § 11.7 AGBG pero este juicio torna en lo contrario si, como es el caso, las obligaciones esenciales que se desprenden de la naturaleza del contrato y en cuyo cumplimiento confía o ha podido confiar la otra parte contractual, están tan limitadas que la consecución del objetivo del contrato está en peligro, como sucede si la cuantía máxima a reclamar por responsabilidad impuesta a la parte adherente ni siquiera cubre los daños previsibles según la tipología del contrato.

En el caso de la sentencia del BGH de 25 de octubre de 1995<sup>336</sup>, se enjuicia el contenido de las condiciones del servicio de garantía en un contrato de suministro de neumáticos. Entiende el Tribunal que contravienen el § 9 AGBG las cláusulas impuestas por el fabricante de las ruedas según las cuales se restringe el derecho a la garantía del producto suministrado tanto

<sup>333</sup> LUTZ, R., *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op.cit., pp. 23 y ss.

<sup>334</sup> BGH 7. Zivilsenat VII ZR 349/82.

<sup>335</sup> BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 238/81.

<sup>336</sup> BGH 8. Zivilsenat, VIII ZR 258/94.

en lo que a sujetos que pueden reclamar se refiere como en lo que respecta a los bienes sobre los que se puede reclamar y las formalidades que deben seguirse para ello, sin que se haga cargo el productor, además, de cualquier coste administrativo que conlleve la prestación del servicio de garantía. Este traslado de costes del productor al comerciante -que será el que tenga que asumir el servicio de garantía- genera un desequilibrio desproporcionado, que en la contratación con consumidores estaría sancionado de forma directa con la ineficacia en base al §11.10.c AGBG, hecho que se podría tomar como un indicio para declarar ineficaces estas disposiciones, a la vista del caso concreto, según la cláusula general aplicable a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios.

La resolución de LG Itzehoe de 21 de mayo de 2002<sup>337</sup>, por su parte, tiene por objeto un contrato de asesoramiento celebrado entre empresarios en el cual se introduce una cláusula mediante la que se prolonga la duración del mismo de forma tácita por tres años. Entiende el órgano jurisdiccional que, aunque las prohibiciones del catálogo de cláusulas contenido en el § 11 AGBG no son de aplicación directa a la contratación entre empresarios, sí que constituye la lesión contra dicho precepto un síntoma para declarar la ineficacia de la cláusula en este tipo de contratos en virtud del § 9 AGBG.

Aplica el BGH también la *Indiztheorie* en su sentencia de 3 de febrero de 2005<sup>338</sup> para declarar ineficaz una cláusula contenida en un contrato de encomienda de supervisión de cuentas mediante condiciones generales predispuestas por una agencia de cobros, según la cual ésta se arroga el derecho de, en el caso de rescisión del contrato, exigir la totalidad de la remuneración con independencia de que se haya llevado a cabo la prestación. Esta disposición, que entraría en las prohibiciones del § 10.7.a AGBG en la contratación con consumidores, puede suponer también entre empresarios un desequilibrio inadecuado que haga que la misma no pase el test de la buena fe del § 307 BGB.

También declara el BGH la ineficacia de una cláusula en un contrato entre profesionales, en su sentencia de 19 de septiembre de 2007<sup>339</sup>. La cláusula en cuestión está incluida en un contrato de venta de coches usados y hace referencia a una auto-exclusión de responsabilidad por parte del predisponente en la medida en que se exime el mismo de la responsabilidad que se pudiera generar por daños corporales y de salud así como por otros daños por culpa grave. Esta cláusula, que estaría prohibida sin posibilidad de valoración (§§ 309.7.a y b BGB) en el caso de que el contrato se hubiera celebrado con un consumidor, también es ineficaz en el

---

<sup>337</sup> LG Itzehoe 1. Zivilkammer, 1 S 285/01.

<sup>338</sup> BGH 3. Zivilsenat III ZR 268/04.

<sup>339</sup> BGH VIII ZR 141/06, comentada por BERGER, K. P.; KLEINE, L., “AGB, unternehmerischer Geschäftsverkehr, Indizwirkung der Klauselkataloge, Haftungsbeschränkungen”, *EWiR*, 24. Jahrg., 11. Januar 2008, pp. 169 – 170.

tráfico entre empresarios ya que genera el desequilibrio inadecuado al que hace referencia el § 307 BGB, a menos que, tal y como afirma el Tribunal, de forma excepcional, pudiera ser apreciada como adecuada a causa de los intereses relevantes y las necesidades del tráfico jurídico empresarial.

Por último, en la sentencia de 29 de octubre de 2008<sup>340</sup>, el BGH sanciona con la ineficacia dos cláusulas sobre rescisión de un contrato de *leasing* financiero celebrado entre empresarios que tiene por objeto la puesta a disposición, adaptación e implementación de un software especializado. Dichas cláusulas permiten al predisponente –sociedad de leasing– rescindir el contrato en el caso de que el objeto no haya sido desarrollado al cumplirse el plazo acordado, no haya sido recibido por los clientes o de que, antes de cualquiera de estas dos situaciones, haya fracasado, con independencia de las causas. Además, en el caso de rescisión del contrato la sociedad de *leasing* está autorizada para ofrecer a los clientes a precio de coste todos los servicios llevados a cabo hasta el momento de la rescisión que no estén contenidos en un nivel de desarrollo adecuado para el cliente. Aunque en la contratación entre empresarios el derecho de rescisión del contrato está en mayor medida permitido, éste debe basarse en una razón objetivamente justificada. Al no existir ésta, las cláusulas pueden ser declaradas ineficaces según el control del contenido recogido en el § 307 BGB.

Estas vías de comunicación entre las normas aplicables para proteger a los consumidores, por una parte, y las disposiciones que son de aplicación al tráfico comercial, por otra, presentan, sin embargo, una ventaja añadida: evitar la creación de un derecho de control especial para comerciantes que se diferencia del de los consumidores. Así, una separación excesiva de la normativa sobre eficacia jurídica de las condiciones generales de la contratación en el tráfico entre empresarios y el tráfico con consumidores es indeseable puesto que, en todo caso, el fundamento del control es igual en ambos casos y las prohibiciones de los §§ 308 y 309 BGB constituyen una simple concretización de motivos de ineficacia comunes<sup>341</sup>.

Pero, sin dejar de lado esta idea común que subyace en el control de ambos tipos de contratos, tampoco podemos caer en el extremo contrario: una aplicación generalizada de los catálogos de cláusulas prohibidas en la contratación comercial. En esta línea, a pesar de los aspectos positivos que se derivan del efecto indiciario expuesto, hay una corriente contraria a la aplicación general de los §§ 308 y 309 BGB, esto es, a afirmar que una

<sup>340</sup> BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 258/07.

<sup>341</sup> Señalado por *ibidem*, op.cit., pp. 25 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., pp. 35 y ss.

cláusula es automáticamente contraria a la cláusula general de la buena fe en un contrato entre empresarios porque así lo sea en el ámbito de los consumidores. Un abuso del efecto indiciario conllevaría una excesiva equiparación en el control de las condiciones generales de la contratación entre los dos tipos de adherentes<sup>342</sup>.

La alternativa al efecto indiciario global sería, así, un “traspaso” selectivo de aquellas disposiciones que se revelen como útiles en la esfera comercial en función de los propios objetivos de la protección y los intereses particulares<sup>343</sup>. A través de esta selección de las cláusulas prohibidas se limita el riesgo anteriormente perfilado de un control de contenido entre empresarios demasiado estricto: no se puede perder de vista que las necesidades de concreción legislativa y de seguridad jurídica no son tan esenciales en la contratación entre empresarios como en el tráfico con consumidores<sup>344</sup>.

Para llevar a cabo un estudio acerca de la adecuación de cada norma prohibitiva a la esfera comercial es decisiva la interpretación de estas cláusulas según las peculiaridades del ámbito de destino de la normativa. Volvería a cobrar importancia aquí, una vez más, el mandato del § 310 I 2 BGB, según el cual “*se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial*”. Estas variables, los “*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*”, sirven al juzgador como medidores para la apreciación de la desproporcionalidad o inadecuación del desequilibrio de los derechos y obligaciones de tal modo que una conducta empleada de forma generalizada durante un largo período de tiempo como costumbre comercial en el tráfico empresarial, si no desplaza los cánones de valoración legales, tiene la presunción de proporcionalidad<sup>345</sup>.

En la sentencia de 9 de marzo de 2006 entiende el OLG München<sup>346</sup>, a favor del fabricante (apelante), que no existe ningún uso mercantil en el ámbito del comercio con soportes acústicos y visuales a través de software según el cual sea costumbre que el fabricante

---

<sup>342</sup> Señalado por LUTZ, R., *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op.cit., pp. 31 y ss.; DAMMANN, “Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB...”, op.cit., 417 y ss.; COESTER, M., “Kommentar zum § 307 BGB...”, op.cit., p. 218; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., pp. 44 – 45.

<sup>343</sup> En 1989, KARATZENIS, F., *Zur Anwendung der Generalklausel...*, op. cit., p. 46, afirma, a la vista de la jurisprudencia del BGH que las cláusulas que podían tener más influencia en el tráfico empresarial mediante este alcance indirecto, eran las prohibiciones recogidas en el §10.4 (facultades de modificación), § 11.2b (excepción de incumplimiento); § 11.3 (prohibición de compensación); § 11.4 (interpelación, fijación de plazo); § 11.5b (reclamaciones a tanto alzado de daños); §§ 11.10b, c y f (garantía); § 11.13 (novación subjetiva) y § 11.15a (carga de la prueba).

<sup>344</sup> Acerca de esta preselección de cláusulas prohibidas, ver LUTZ, R., *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op.cit., pp. pp. 35 y ss.; WOLF, M., “Kommentar zum § 307 BGB...”, op.cit., p. 352.

<sup>345</sup> WOLF, M., “Kommentar zum § 307 BGB...”, op.cit., p. 355.

<sup>346</sup> OLG München NJOZ 2006.

conceda al mayorista un derecho de retorno ilimitado del cien por cien. Por lo tanto, un acuerdo acerca de un derecho de retorno de este tipo en la contratación mediante condiciones generales a favor del mayorista supone un desequilibrio desproporcionado en el sentido del § 9 AGBG, siendo la cláusula ineficaz.

#### **4.3. ¿Reforma del control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios?**

No podemos cerrar este apartado dedicado al marco normativo alemán en materia de condiciones generales de la contratación sin hacer una advertencia respecto de algunos signos actuales de preocupación y/o contrariedad en lo concerniente al control de este tipo de contratos en el tráfico empresarial. Efectivamente, como ya dejábamos apuntado, algunas voces en la doctrina han evidenciado desde hace algunos años la existencia de un estado de crítica creciente hacia la aplicación que hacen los Tribunales alemanes del control de contenido en los contratos mercantiles<sup>347</sup>. Estos autores han puesto de manifiesto una tendencia jurisprudencial a, por una parte, endurecer el requisito de negociación (“*Aushandeln*”) del § 305.1 *in fine* BGB –que excluiría la aplicación del régimen de control- y, por otra, a trasladar los criterios concebidos para los consumidores al ámbito mercantil pero dejando fuera la valoración sobre la cualidad del adherente y, saltándose a veces el mandato jurídico de diferenciación contenido en el § 310.1 BGB, que supone el reconocimiento de que existen unas necesidades de protección también diferentes<sup>348</sup>. Con este modo de proceder, los contratos mercantiles se ven sujetos a unos criterios más severos de los que correspondería de tal modo que cláusulas importantes para el cálculo de los costes y riesgos y que son usuales en la práctica empresarial –como limitaciones de garantía o cláusulas penales- son vistas siempre como condiciones generales e ineficaces. Se ha llegado a apuntar que, al final, solo desviaciones marginales respecto del Derecho dispositivo son posibles<sup>349</sup>.

<sup>347</sup> Al respect, *vide* BERGER, K. P., “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 8, Februar 2010, pp. 465 – 470; LEUSCHNER, L., “AGB-Kontrolle im unternehmersichen Verkehr –Zu den Grundlagen einer Reformdebatte-“, *Juristenzeitung*, 18, September 2010, pp. 875 – 884; BECKER, F., “Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht”, *Juristenzeitung*, 22, November 2010, pp. 1098 – 1106; KOLLMANN, A., “AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, Mai 2011, pp. 1324 – 1325.

<sup>348</sup> BERGER, K. P., “Für eine Reform...”, *op. cit.*, p. 465. Señala el autor que algunos resultados consecuencia del traslado de criterios desde el ámbito de consumo resultan inaceptables.

<sup>349</sup> LEUSCHNER, L., “AGB-Kontrolle im unternehmersichen...”, *op. cit.*, p. 876.

Dentro de los argumentos de este movimiento crítico se añade uno más que está en relación con los contratos transfronterizos y la “competencia” entre ordenamientos jurídicos. Y es que pudiera ser que el Ordenamiento jurídico alemán perdiera atractivo como régimen a elegir en este tipo de contratos –que, por otra parte, suelen ser de una cierta entidad- a favor de otros más liberales en los que no existiera un control de contenido para los contratos entre profesionales<sup>350</sup>. A su juicio, una reforma podría tener un efecto positivo que no debería ser subestimado<sup>351</sup>.

Y es que algunos autores consideran que la necesaria relajación del control de contenido en los contratos entre empresarios no pasa tanto por una flexibilización o reorientación de la jurisprudencia como, directamente, por una reforma legal. Que sea el legislador el que gestione el cambio a través de ciertas modificaciones, proponen, de los §§ 305.1 y 310.1 BGB, modificaciones que, en todo caso, se limitaran a los contratos mercantiles sin afectar, ni directa ni indirectamente, al resto<sup>352</sup>. El objetivo es alejar las equiparaciones excesivas entre contratos entre empresarios y contratos con consumidores, endurecer las diferencias y relajar, por el contrario, los rígidos criterios que han venido aplicando en ocasiones los Tribunales. Las propuestas que se hacen pasan, entre otras, por añadir en una cuarta frase en el § 310.1 BGB que introdujera una referencia más expresa y vinculante al “hecho diferencial del tráfico comercial entre empresarios”<sup>353</sup> o fijar una barrera cuantitativa, por encima de la cual se considerara a un contrato como de gran volumen y, por tanto, no susceptible de ser controlado<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> BERGER, K. P., “Für eine Reform...”, op. cit., p. 466; LEUSCHNER, L., “AGB-Kontrolle im unternehmersichen...”, op. cit., p. 876; KOLLMANN, A., “AGB: Nicht nur theoretische...”, op. cit., p. 1324.

<sup>351</sup> BERGER, K. P., “Für eine Reform...”, op. cit., p. 466. No limitado a los contratos transfronterizos sino en general, acusa el autor otro problema estructural de la jurisprudencia alemana y es el hecho de que la mayor parte de los casos de los que se ocupa el BGH provienen sobre todo de contratos industriales de alquiler, compra de coches nuevos, compra de materiales de construcción y otros negocios cotidianos y usuales. Por el contrario, dice el autor, no se dan prácticamente casos de contratos complejos de compra de empresas, instalaciones comerciales u otros contratos de suministro o crédito empresarial. El Derecho alemán se ve, así, como un Derecho para “consumidores, compradores de automóviles usados o alquiler de pisos” y no, como el inglés, como un Derecho “para la gente de negocios” (pp. 465 – 466).

<sup>352</sup> Al respecto, señalan BERGER, K. P., “Für eine Reform...”, op. cit., pp. 466 - 467 y LEUSCHNER, L., “AGB-Kontrolle im unternehmersichen...”, op. cit., p. 876, la existencia de dos iniciativas: “Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts” (Iniciativa para el desarrollo del Derecho de las condiciones generales) y “Law Made in Germany” ([www.agb-recht-initiative.de](http://www.agb-recht-initiative.de)).

<sup>353</sup> BERGER, K. P., “Für eine Reform...”, op. cit., pp. 469, apuesta por incluir en el referido párrafo que en el comercio mercantil hay que atender a los usos y costumbres vigentes así como a la práctica en el tráfico negocial entre empresarios, especialmente los que determinen, en comparación con los consumidores, unas necesidades inferiores de protección (es lo que el autor denomina “die Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs”).

<sup>354</sup> BECKER, F., “Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle...”, op. cit., p. 1106, con una perspectiva más desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, aboga por fijar un límite económico, sobrepasado el cual, no tuviera aplicación el control de contenido. En estos casos, por el gran volumen del contrato, señala el autor que merecería la pena para el adherente invertir en conocer todas las condiciones generales y no solo

En todo caso, y por encima de posibles ajustes -en su caso- necesarios, el modelo alemán de control de las condiciones generales de la contratación, estructurado, como hemos tenido ocasión de estudiar, en torno a un cláusula general que permite graduar la intensidad de la tutela en función de los sujetos y de las circunstancias del caso concreto, ha sido y es un ejemplo en la protección al empresario como parte adherente y, como tal, ha inspirado a otros ordenamientos jurídicos<sup>355</sup>, entre los que destacaremos, por dar un paso más y ofrecer la máxima protección, el sistema portugués.

---

los elementos esenciales del contrato –precio y prestación- y que, además, también determinados elementos estarían controlados a través de la competencia. BECKER fija ese límite en 500.000 euros.

<sup>355</sup> También la regulación holandesa, aunque en menor medida que la portuguesa, está inspirada por la normativa alemana. El nuevo Código civil holandés de 1 de enero de 1992, “*Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek*”, de igual modo que el alemán a partir de la ya estudiada reforma de 2002, recoge en su clausulado la regulación de las condiciones generales de la contratación (“*algemene voorwaarden*”), reservando a tal efecto los artículos 6:231 a 6:247 del mismo. Según el artículo 6:233.a NBW, una cláusula contenida en un contrato de condiciones generales “*es anulable [...] si, tomando en cuenta la naturaleza y el contenido restante del contrato, la manera en que se hayan formado las condiciones, los mutuos intereses conocibles de las partes y las demás circunstancias del caso, es irrazonablemente gravosa para la parte contraria o si el usuario no ofreció a la parte contraria una posibilidad razonable de tomar conocimiento de las condiciones generales*” (traducción tomada de VAN REIGERSBERG, J. G., *Derecho patrimonial neerlandés, Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, Málaga, 1996). En esta cláusula se hace referencia, por una parte, a un control de contenido en base a que la cláusula sea “irrazonablemente onerosa” (“*onredelijk bezwarend*”) -sin basar el control en una cláusula general de la buena fe- y se puede identificar una exigencia de transparencia en el segundo apartado del artículo 6: 233. Es aplicable este control no sólo a contratos con consumidores sino también a personas jurídicas y otras partes aunque actúen en el curso de sus negocios o profesión, aunque a éstas últimas no les son de aplicación -directa- las listas de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas de los artículos 6:236 – 6: 238 NBW. La peculiaridad se establece en la limitación en el ámbito subjetivo: aunque el control no se restringe a los consumidores, la normativa holandesa exige una serie de requisitos para la tutela del profesional adherente: según el artículo 6: 235.1 NBW, las causas de anulación anteriormente citadas no pueden ser invocadas por “*a. una persona jurídica referida en el artículo 360 del Libro 2 (sociedad de capital), la que en el tiempo de la celebración del contrato haya hecho pública últimamente su cuenta anual [...]; b. una parte [...] si en el momento antes mencionado están trabajando con ella cincuenta o más personas...*”. El ordenamiento jurídico holandés, por tanto, tiene en cuenta el tamaño de la parte contratante adherente, relacionado, parece, con su poder de negociación, para aplicar la protección.

Llama la atención, asimismo, lo dispuesto en el artículo 6:244, que recoge una previsión específica para, en principio, la relación de distribución entre mayorista y minorista. Con este artículo (comentario disponible en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>) se pretende proteger al minorista que ha visto cómo una o varias de las cláusulas insertas en el contrato mediante condiciones generales que ha usado con sus clientes consumidores han sido declaradas nulas, estando él mismo obligado por las mismas o similares estipulaciones (v. gr., limitativas o excluyentes de responsabilidad) en su relación contractual predisuelta por el mayorista o proveedor. Dado que el minorista simplemente revende los productos que ha obtenido del proveedor, sería injusto si el consumidor pudiera obtener resarcimiento por parte del minorista de un daño causado por un defecto en dichos bienes mientras que éste no podría reclamar lo mismo del proveedor, teniendo en cuenta que el minorista, como no consumidor, no tiene el mismo nivel de protección. No sería razonable, dada la conexión entre ambos contratos, que el proveedor en el eslabón anterior de la cadena de distribución pudiera invocar frente al minorista una cláusula que le ha “forzado” a aceptar y que ha sido declarada nula en una relación de consumo. Sin embargo, hay que destacar que, a pesar de la referencia a “proveedor”, “minorista” y “consumidor”, el ámbito del artículo 6:244 no está limitado a esta parte de la cadena de distribución sino que es de aplicación también a las relaciones contractuales previas en dicha cadena. Esta regulación nos recuerda claramente al también contenido en el Código civil italiano “*diritto di regresso*” (art. 1469 quinquies, 4º), que tiene por objeto proteger a la parte débil de la cadena de distribución. Sin embargo, y a nuestro juicio más acertadamente, la norma holandesa no habla de reclamar compensaciones por los daños sufridos sino que directamente imposibilita que el empresario en el eslabón anterior pueda invocar la misma cláusula declarada nula en un contrato de consumo, es decir, priva de efectos a la cláusula.

## 5. Protección en el ordenamiento jurídico portugués

### 5.1. Ley sobre las Cláusulas Contractuales Generales y Ley de Defensa del Consumidor

Como ya se ha adelantado, precisamente por una clara influencia de la AGB-Gesetz, de 9 de diciembre de 1976, se dicta en Portugal el Decreto-Lei nº. 446/85, de 25 de octubre, regulador del “*regime das cláusulas contratuais gerais*”. Así, la norma alemana constituye un modelo directo de la normativa que introduce esta disciplina en el ordenamiento jurídico portugués con múltiples similitudes, como tendremos ocasión de apreciar a lo largo del análisis de la protección que se le otorga al empresario adherente en Portugal<sup>356</sup>.

Esta norma de 1985, que recoge las demandas de la doctrina acerca de la necesidad de una legislación propia para los contratos de adhesión<sup>357</sup>, tiene un carácter muy avanzado. De ahí que las dos reformas sufridas con posterioridad en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores como consecuencia de la necesaria adaptación a la

---

Sobre el ordenamiento jurídico holandés y el control de condiciones generales, ver ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 31 – 33. Sobre el nuevo Código civil neerlandés, ver también HARTKAMP, A. S., “Chapter 8, Law of obligations”, en CHORUS, J. M. J.; GERVER, P. H. M.; HONDIUS, E. H. (ed.), *Introduction to Dutch Law*, 4º ed., Alphen aan den Rijn; Kluwer Law International, 2006, pp. 135 – 162; HESSELINK, M. W., “The ideal of codification and the dynamics of europeanisation: the dutch experience”, en VOGENAUER, S.; WEATHERILL, S., *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart, Oxford, 2006, pp. 39 – 70. Una traducción del nuevo Código civil neerlandés al inglés y francés en HAANAPPEL, P. P. C.; MACKAAY, E., *New Netherlands Civil Code/ Nouveau Code Civil Néerlandais, Le Droit Patrimonial/ Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrecht*, Patrimonial Law, Kluwer Law, Deventer, 1990, 476 p.

<sup>356</sup> En el Preámbulo de la norma se apunta esta idea: “*Na elaboração deste diploma atendeu-se aos precedentes estrangeiros, que se multiplicam, assim como aos ensinamentos colhidos da aplicação e da crítica de tais experiências*”. Acerca de la influencia alemana en materia de condiciones generales de la contratación en el ordenamiento jurídico portugués y una comparativa entre ambas regulaciones, PEDROSA MACHADO, M. N., “Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 29, 1988, pp. 109 y ss.; VARELA, A., *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10 ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 258 – 259; PINTO MONTEIRO, A., “El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, *RDM*, núm. 219, enero-marzo 1996, p. 85.

<sup>357</sup> Sobre la situación previa al pronunciamiento de la ley en Portugal, ver MOTA PINTO, C. A., “Contratos de adesão, Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *Revista de Direito e de estudos sociais*, ano 20, abril – dezembro 1973, pp. 119 – 148. Años antes del nacimiento de una regulación sobre la materia, el autor llama la atención acerca de la necesidad de dar respuesta al problema de protección de la parte más débil respecto a las cuestiones que se plantean especialmente en la contratación por adhesión. Como uno de los remedios posibles, apunta la “*emissão de legislação própria para os contratos de adesão. Uma simples observação mostra que muitos contratos típicos são quase sempre celebrados com o emprego de condições gerais em formulários ou impresos. [...] Tal intervenção introduziria, destarte, na disciplina individualista do contrato um elemento de carácter social, traduzido na oferta de garantias adequadas a todos os cidadãos. Esta tutela colectiva dos interesses particulares atingiria, assim, a injustiça predisposta e organizada sistematicamente –a injustiça que posterga o direito objectivo e cria iniquidades de largo âmbito de incidência. Este remédio permitiria conseguir resultados notáveis, como algumas leis estrangeiras já conseguiram*” (p. 144).



Directiva 93/13/CEE<sup>358</sup>, hayan sido de escasa entidad al ser la ley portuguesa más exigente y rigurosa que la propia norma comunitaria.

Al hilo de la figura del consumidor y dentro del ámbito de la protección a los contratantes, debemos hacer referencia, junto a la mencionada Ley sobre cláusulas contractuales generales, a la Lei nº 29/81, de 22 de agosto, sustituida por la Lei nº 24/96, de 31 de julio, Lei de Defesa do Consumidor, por medio de la cual se desarrolla el deber constitucional de tutela al consumidor<sup>359</sup>, recogido en el artículo 60 de la Constitución portuguesa<sup>360</sup>. Dado que el ámbito de aplicación de esta Ley se restringe, según se desprende del artículo 2 de la misma, a los contratos celebrados con consumidores, no afecta al objeto de este estudio la noción de cláusula abusiva que incorpora, en el sentido de la normativa comunitaria<sup>361</sup>. En cualquier caso, es significativo señalar que la propia Ley de Defensa del Consumidor, para determinar los efectos de la inobservancia de la prohibición de cláusulas que originen un significativo desequilibrio en detrimento del consumidor, remite al régimen de las cláusulas contractuales generales<sup>362</sup>, norma en la que vamos a centrar el resto del análisis.

<sup>358</sup> La primera, mediante el Decreto-Ley nº 20/95, de 31 de enero, llevó a cabo ciertas adaptaciones como la creación de un Registro, la modificación de las listas de cláusulas prohibidas o la carga de la prueba respecto de la negociación previa de una cláusula contractual. La segunda transposición, llevada a cabo por el Decreto-Ley nº 249/99, de 7 de julio, tuvo como objetivo la inclusión del apartado 2º en el artículo 1º de la Ley, incluyendo dentro del ámbito de aplicación de la misma los contratos individualizados y dando cumplimiento, así, al imperativo comunitario. Sobre el proceso de transposición de la Directiva en el ordenamiento interno portugués, SÁ, A., DE, *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 30 – 43.

<sup>359</sup> Según el artículo 2.1 de la Ley 24/96, de 31 de julio, se vincula al consumidor con un uso no profesional de los bienes o servicios que recibe (se considera consumidor a “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, serviços ou transmitidos quaisquer directos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”). Sobre la protección del consumidor en Portugal, PINTO MONTEIRO, A., “El problema de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 79 y ss.

<sup>360</sup> MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo I, 3º ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 653; VARELA, A., *Das obrigações...*, op. cit., pp. 260 y ss.

<sup>361</sup> Artigo 9º: “*Direito à protecção dos interesses económicos: 1. O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. 2. Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: a) À relação clara e percisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares; b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*”.

<sup>362</sup> Artigo 9.3: “*A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais*”.

## 5.2. Protección al empresario adherente: LCCG

La *Lei de cláusulas contratuais gerais* de 1985 otorga una protección muy elevada a los empresarios cuando contratan con otros empresarios puesto que el ámbito subjetivo de aplicación de la misma no se restringe tan sólo a los contratos con consumidores sino también a los celebrados entre empresarios.

Por una parte, el artículo 1º, al señalar lo que podríamos denominar como rasgos definitorios de las cláusulas contractuales generales, hace referencia a las partes intervinientes de forma genérica como “*proponente*” y “*destinatario*”<sup>363</sup>, menciones que se repiten a lo largo de todo el texto, junto con la también genérica “*adherente*”<sup>364</sup>. Pero ya de forma evidente los artículos 17, 18 y 19 de la ley, sin perjuicio de la aplicación de otras normas de control<sup>365</sup>, están específicamente destinados a regir las relaciones entre empresarios mediante la utilización de cláusulas contractuales predispuestas. Así, en virtud del artículo 17, dentro de la Sección II (Relaciones entre empresarios o entidades equiparadas),

*“en las relaciones entre empresarios o los que ejerzan profesiones liberales, individuales o colectivos, o entre unos y otros, cuando intervengan sólo en esa calidad y en el ámbito de su actividad específica, se aplican las prohibiciones de esta sección y de la anterior”.*

Por lo tanto, a diferencia de las menciones que se realizan en otros ordenamientos, como el ya comentado confuso término francés “*non-professionnel*”, la alusión a “*empresario o entidad equiparada*” que recoge el artículo 17 de la norma portuguesa elimina toda posibilidad de establecer una semejanza y pensar que nos encontramos ante una norma que tutela a los empresarios cuando contratan fuera de su campo de actividad comercial. Lejos

---

<sup>363</sup> Artigo 1º: “1. As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma. 2. O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar. 3. O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”.

<sup>364</sup> Como ejemplos, artículo 5.1: “As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las”, artículo 11.2: “Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente”; artículo 13.1: “O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas”.

<sup>365</sup> Haciendo referencia a las limitaciones generales a la libertad de fijación del contenido del contrato, mediante la moral pública, las *bons costumes* o la *boa fé*, VARELA, A., *Das obrigações...*, op. cit., pp. 247 – 251.

de eso, como hemos visto, el artículo da cobertura específicamente a aquellas situaciones en las que “*intervengam sólo en esa calidad y en el ámbito de su actividad específica*”. Es decir, los sujetos protegidos serían los empresarios o profesionales liberales que contratan dentro de su campo de conocimiento.

El Decreto-Legislativo nº 446/85 no es, por lo tanto, una ley de protección puramente al consumidor en la medida en que el legislador portugués prescinde de cualquier criterio personal, definiendo el ámbito de aplicación en relación con una situación y no con la persona: así, el adherente puede ser un empresario, un profesional liberal o un consumidor final, sin que sea relevante, en un primer momento, para la aplicación de la normativa<sup>366</sup>.

A pesar de la influencia de la normativa alemana, en algunos aspectos difiere de ella. En la regulación portuguesa, como veremos, está menos marcada la diferencia de regímenes siendo el ámbito de aplicación más amplio puesto que no sólo se le aplica a los contratos entre empresarios el control de contenido, sino que también se les protege con un control de incorporación a través de los mismos preceptos que van dirigidos a los consumidores. Incluso dentro del ámbito del control de contenido, los profesionales no se ven tutelados sólo por una cláusula general: existen catálogos de disposiciones relativa y absolutamente prohibidas aplicables únicamente a este tipo de contratación.

A la vista de que el ordenamiento portugués sí que otorga una protección expresa al empresario adherente, pasaremos a analizar la intensidad de dicha tutela y las normas a través de las cuales se administra.

Los artículos 4 a 9 de la Ley nº 446/85, que conforman el Capítulo II, recogen las reglas relativas a la inclusión de las cláusulas contractuales generales en los contratos, disponiendo el primero de ellos que éstas se incluyen en los contratos singulares por la aceptación. Esta aceptación deberá entenderse hecha “*com observância*” de la obligación de comunicación íntegra a los adherentes de forma adecuada y con la antelación necesaria para su conocimiento completo y efectivo (artículo 5<sup>367</sup>), la obligación de información y

---

<sup>366</sup> SOUSA RIBEIRO, J., *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990, pp. 183 – 184. En el mismo sentido, LEITE CONVERTI, L. R., “Il decreto-legge portoghese n. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dell’esperienza occidentale nei settore della tutela del consumatore”, *Rivista di Diritto Civile*, anno, 34, n. 4, luglio – agosto 1988, p. 95.

<sup>367</sup> Artigo 5: “1. As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las. 2. A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comun diligência. 3. O

aclaración de todos los aspectos razonablemente solicitados (artículo 6<sup>368</sup>) así como la preferencia de las cláusulas específicamente acordadas sobre cualesquiera generales (artículo 7<sup>369</sup>), entendiéndose excluidas, según el artículo 8, aquellas cláusulas que no cumplan con estas obligaciones, entre otras<sup>370</sup>.

Este control de incorporación es completado con una serie de reglas de interpretación e integración de las cláusulas (artículos 10 y 11<sup>371</sup>) y por un control de contenido que combina dos criterios: un principio general de buena fe seguido de dos elencos de cláusulas absoluta o relativamente prohibidas. Este sistema mixto, de inspiración claramente germana, coordina la adecuación y ductilidad propias de una cláusula general con la certeza y seguridad garantizadas por aquellas previsiones más concretas<sup>372</sup>.

Respecto al primero, el artículo 15 de la Ley recoge la prohibición de las “*cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé*”<sup>373</sup>. Para facilitar la aplicación de esta norma general el legislador aporta dos criterios: por una parte, la confianza suscitada entre las partes – especificando, a su vez, los factores más importantes a tener en cuenta para interpretar la confianza legítima sustentada en la buena fe objetiva: confianza suscitada por el sentido global de las cláusulas, por el proceso de formación del contrato singular celebrado o el tenor de éste y atendiendo a cualquier otro elemento relevante-; por otra, el objetivo que las

---

*ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”.*

<sup>368</sup> Artigo 6: “1. O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique. 2. Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis-solicitados”.

<sup>369</sup> Artigo 7: “As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes”.

<sup>370</sup> Artigo 8: “Consideram-se excluídas dos contratos singulares: a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes”.

<sup>371</sup> El artículo 10 recoge el principio general, según el cual “as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam”. Por su parte, el artículo 11 regula las cláusulas ambiguas, que tendrán “o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real”, prevalenciando, en caso de duda “o sentido mais favorável ao aderente”. Es decir, la regla *contra proferentem*.

<sup>372</sup> SOUSA RIBEIRO, J., *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, DL n. 44/85, de 25 de Outubro, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1992, p. 4.

<sup>373</sup> Ya antes de la norma algunos autores asentaban un necesario control de contenido de los contratos mediante condiciones generales sobre la buena fe -así como el orden público- (PINTO MONTEIRO, A., *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 382).

partes pretenden conseguir a través del negocio<sup>374</sup>. En cualquier caso, y a pesar de que necesariamente la concretización de la buena fe debe ser realizada por el operador jurídico caso por caso, la remisión que el artículo 16 realiza a la ponderación de los “*valores fundamentais do direito*” implica que la solución no debe atender solamente a las características del caso concreto en la medida en que estos valores fundamentales del derecho corresponden a elementos genéricos en abstracto<sup>375</sup>.

Como se había apuntado, este criterio general se complementa con una serie de listados de cláusulas que, a modo ejemplificativo, contienen estipulaciones contractuales que violan el principio de la buena fe<sup>376</sup>. En este punto se aparta el legislador portugués de la AGB-Gesetz alemana, caracterizándose por un afán de reglamentación llevado al extremo. Mientras que en la ley alemana, como se ha visto, existen dos catálogos de cláusulas contenidos en los §§ 308 y 309 BGB, en función de la posibilidad de valoración o la declaración de ineficacia de forma de directa de las mismas -aunque todas ellas aplicables de forma exclusiva al consumidor-, los artículos 18, 19, 21 y 22 de la Ley nº 446/85, sobre *cláusulas contratuais gerais* recogen cuatro grupos de normas en función del modo de prohibición y del ámbito subjetivo de aplicación: los artículos 18 y 19 resultan de aplicación a los contratos entre empresarios mientras que los artículos 21 y 22 son específicos para los consumidores<sup>377</sup>. Como decíamos, las disposiciones correspondientes a las relaciones entre “*empresários ou as que exerçam profissões liberais, singulares o colectivos, ou entre uns e outros*” son las contenidas en los artículos 18 y 19 de la Ley,

<sup>374</sup> Artigo 16: “*Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em FACE da situação considerada, e, especialmente: a) a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outross elementos atendíveis; b) o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contraio utilizado*”.

<sup>375</sup> ALMEIDA COSTA, M. J.; MENEZES CORDEIRO, A., *Cláusulas contratuais gerais*, Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de outubro, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 39 – 41; SÁ, A., DE, *Cláusulas contratuais gerais...*, op.cit., pp. 69 y ss. Acerca de la buena fe ver también PEDROSA MACHADO, M. N., “Sobre cláusulas contratuais gerais...”, op. cit., pp. 93 – 94; LEITE CONVERTI, L. R., “Il decreto-legge portoghese n. 446/85...”, op. cit., pp. 98 – 99.

<sup>376</sup> En cualquier caso, y recalando el carácter no cerrado de los catálogos de cláusulas, es posible la aplicación directa del principio de buena fe, pudiendo ser consideradas como ineficaces cláusulas que no figuran expresamente en la lista, SOUSA RIBEIRO, J., *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., p. 6. Acerca del catálogo de prohibiciones, ver también SÁ, A., DE, *Cláusulas contratuais gerais...*, op.cit., pp. 75 y ss.

<sup>377</sup> Acerca de la explicación histórica de esta característica de la regulación en materia de cláusulas contractuales generales en Portugal, SOUSA RIBEIRO, J., *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., pp. 8 – 9. El autor parte de la inspiración de la AGB-Gesetz, como consolidación legislativa de las soluciones jurisprudenciales alemanas previas y, por tanto, como transposición de las soluciones consensuadas frente a conflictos concretos planteados, sistema casuístico que contrasta con la opción del legislador portugués de detallar los límites específicos del contenido de las cláusulas contractuales generales. Estas previsiones no están dirigidas, así, sólo al órgano judicial sino también a los predisponentes y utilizadores de este tipo de cláusulas, a modo de elemento preventivo frente a estipulaciones ilícitas. Para un estudio más detallado de las cláusulas contenidas en los cuatro catálogos, MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito...*, op. cit., pp. 633 y ss.

estando dedicado el primero a las cláusulas absolutamente prohibidas<sup>378</sup> y el segundo a las prohibidas de forma relativa<sup>379</sup>.

Mientras que el hecho de que una cláusula esté recogida dentro del catálogo del artículo 18 provoca, sin más, la ineficacia de la cláusula sin que sea factible la valoración judicial de la misma, para la ineficacia de las cláusulas relativamente prohibidas hay que tener en cuenta el llamado “*quadro negocial padronizado*”<sup>380</sup>. El hecho de que este tipo de cláusulas se someta a valoración judicial está relacionado con el recurso a determinadas expresiones indeterminadas, carentes de concreción, como “*plazos excesivos*”, “*cláusulas penales desproporcionadas*”, “*hechos insuficientes*”, “*dependen injustificadamente*”, “*compensación adecuada*”, “*graves inconvenientes*”, “*intereses serios*” o “*sin justificación*”<sup>381</sup>. La doctrina ha llamado la atención, en este aspecto, sobre la necesidad de una colaboración prudente de los tribunales en la aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados en los que el texto es “*perigosamente fértil*”<sup>382</sup>. Sin embargo, no parece que, a la vista de la práctica jurisprudencial desde la entrada en vigor de la ley, pueda hablarse fundadamente de un temor a la pérdida de seguridad jurídica<sup>383</sup>.

Por otra parte, la precisión de las prohibiciones relativas, aún dependiendo de juicios concretos, no debe ser llevada a cabo de manera casuística sino vinculada al tipo de negocio en cuestión y a los elementos que lo caracterizan. Este vendría a ser el concepto de “*quadro negocial padronizado*”, según el cual parece que no hay que tener en cuenta los intereses individuales de las partes contratantes sino los intereses típicos del círculo de personas normalmente implicadas en negocios de la especie considerada, es decir, valorar en qué

---

<sup>378</sup> A modo de ejemplo, podemos citar aquellas que excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por daños causados a la vida, integridad moral o física o salud de las personas (artículo 18.a); las que confieran, de modo directo o indirecto, a quien las predispone, la facultad exclusiva de interpretar cualquier cláusula del contrato (artículo 18.e); aquellas que excluyan o limiten el derecho de retención (artículo 18.g) o aquellas que establezcan obligaciones duraderas perpetuas cuyo tiempo de vigencia dependa sólo de la voluntad de quien las predispone (artículo 18.j).

<sup>379</sup> En ellas, podemos encontrar las cláusulas que establezcan, a favor de quien las predispone, plazos excesivos para la aceptación o rechazo de propuestas (artículo 19.a); que consagren cláusulas penales desproporcionadas a los daños a resarcir (artículo 19.c) o aquellas que consagren, a favor de quien las disponga, la facultad de modificar las prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor verificadas (artículo 19.h). Sobre la comparativa entre la expresión alemana “*con posibilidad de apreciación judicial*” y la mención a las cláusulas “*relativamente prohibidas*”, PEDROSA MACHADO, M. N., “Sobre cláusulas contratuais gerais...”, op. cit., pp. 116 – 117.

<sup>380</sup> Artículo 19: “*São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que...*”.

<sup>381</sup> ALMEIDA COSTA, M. J.; MENEZES CORDEIRO, A., *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 46; SÁ, A., DE, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 77.

<sup>382</sup> VARELA, A., “*Abertura do ano*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119, 1986–1987, p. 4.

<sup>383</sup> MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito...*, op. cit., p. 629.

medida la cláusula contractual se adecua a los intereses que normalmente están presentes en el campo de los destinatarios potenciales de la regulación abstracta predispuesta<sup>384</sup>.

Para ello, además del tipo de contrato, hay que tener en cuenta otros factores, como son “*la naturaleza del bien a prestar, si, mayoritariamente en la compraventa, es nuevo o usado [...], la situación del mercado en el área en que el negocio se integra, la rama económica [...] así como, en las relaciones mercantiles, el estadio de producción o comercialización y la dimensión empresarial*”<sup>385</sup>.

El *Supremo Tribunal de Justiça* considera válida una cláusula penal en un contrato de arrendamiento financiero mediante condiciones generales entre empresarios que establecía que, resuelto el contrato, el arrendatario debía pagar una indemnización igual al 20% de la suma de las rentas vencidas y el valor residual. Por el contrario, no ocurre lo mismo con otra cláusula penal que, en acumulación con la anterior y si el bien no era devuelto, permitía al arrendador reclamar por cada mes o fracción de mes de mora una cuantía igual al doble de la renta más alta durante el contrato. La cláusula está prohibida y es, por tanto, nula según el “*quadro negocial padronizado nos termos dos arts. 12 e 19, al. c) do DL n° 446/85*”<sup>386</sup>. A juicio del Tribunal, también resulta proporcionada conforme al criterio del artículo 19 de la Ley 446/85 en el mismo tipo de contrato, una cláusula penal por la que, en caso de resolución por incumplimiento del arrendatario, éste estará obligado a restituir el equipo al arrendador y a pagar las rentas vencidas y no pagadas así como una suma igual al 20% de las rentas no vencidas y el valor residual<sup>387</sup>. En la ponderación del carácter manifiestamente excesivo de una cláusula penal debe establecerse una relación entre la pena fijada contractualmente y los daños que normal y típicamente resultan del “*quadro negocial padronizado*” del contrato en el que se integra, atendiendo en la valoración al objetivo de tutela de la cláusula, la naturaleza del contrato y las circunstancias en las que fue celebrado, el tiempo de vigencia y los efectos patrimoniales del incumplimiento en la esfera jurídica del acreedor<sup>388</sup>. Aplicando esta doctrina, es nula en virtud del art. 19º, c) Ley 446/85, la cláusula penal en un contrato de “*instalação de loja*” en un centro comercial que

<sup>384</sup> SÁ, A., DE, *Cláusulas contratuais gerais...*, op.cit., pp. 259 y ss.; MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito...*, op.cit., p. 630; SOUSA RIBEIRO, J., *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., p. 10. Según ALMEIDA COSTA, M. J.; MENEZES CORDEIRO, A., *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 46, la referencia al “*quadro negocial padronizado*” excluye la simple justicia del caso concreto, próxima a la equidad y generadora de inseguridad, manteniendo el tenor objetivo y controlable de la prohibición. ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das obrigações...*, pp. 268 – 269, pone como ejemplo un formulario de compraventa de pisos en construcción, ante el que cabe ponderar si el plazo de entrega o la cláusula penal, por ejemplo, son excesivos partiendo de este tipo de venta y no de una venta concreta. Siguiendo esto, el juicio se haría sobre la base del patrón de “*compraventa de pisos en construcción*”.

<sup>385</sup> SOUSA RIBEIRO, J., *Responsabilidade e garantia...*, p. 11.

<sup>386</sup> STJ Secção Cível, 11/01/2001, Revista nº 3622/00, 7ª Secção, Relator: Dionísio Correira.

<sup>387</sup> STJ Secção Cível, 01/02/2001, Revista nº 3137/00, 7ª Secção, Relator: Óscar Catrola.

<sup>388</sup> STJ Secção Cível, 17/09/2009, Revista nº 181/09.8YFLSB, 6ª Secção, Relator: Silva Salazar.

sanciona la falta puntual de pago por parte de la tienda de la cantidad mensual y/o gastos compartidos –como la promoción del centro comercial- con el pago del doble de las prestaciones mensuales adeudadas por cada día de retraso<sup>389</sup>.

La justificación para un régimen diferenciado y adaptado que regule las relaciones entre empresarios y profesionales liberales viene dada por la esfera especializada en la que se mueven, con un mayor conocimiento que los consumidores finales así como por el dinamismo que requiere el tráfico jurídico en el que se desenvuelven las actividades empresariales<sup>390</sup>. Para algún autor, la importancia de esta distinción se basa en la posibilidad de aplicar, en las relaciones con consumidores finales, no sólo las prohibiciones de los artículos 21 y 22 sino también las previstas para las relaciones entre empresarios o entidades equiparadas en los artículos 18 y 19. De este modo, se ofrece una protección especial a los intereses del consumidor sin reducir, por otra parte, la fiscalización del contenido de las cláusulas contractuales generales<sup>391</sup>.

Sin embargo, aunque con esta separación de regímenes se pretende otorgar una tutela más adecuada a cada una de las categorías, la tan elevada precisión legislativa portuguesa puede conllevar ciertos problemas. Por una parte, como indica algún autor<sup>392</sup>, no se le atribuye la debida relevancia al principio general de buena fe en la medida en que, ante la presencia de una regulación tan al detalle, queda reducido a una mera indicación. Por otra parte, junto a la necesidad de una regla mediante la que se extendieran expresamente las prohibiciones de las relaciones empresariales a los consumidores -dado que a este grupo de adherentes se les considera merecedores de una mayor tutela-, cabe plantearse la pregunta inversa, respecto que sea imposible la aplicación de aquellas prohibiciones que sólo se prevén para los consumidores a los contratos entre empresarios o que, por el contrario, puedan tener algún efecto a modo de indicios<sup>393</sup>. Por último, un listado tan exhaustivo de cláusulas puede ser contrario a los intereses del tráfico jurídico empresarial, caracterizado por la necesidad de flexibilidad en la contratación y al que un excesivo encorsetamiento a una serie de cláusulas

---

<sup>389</sup> STJ Secção Cível, 12/05/2011, Revista nº 1364/05.5TVLSB.L1.S1, 7ª Secção, Relator: Lázaro Faria. Un contrato de “*instalação de loja*” en un centro comercial es un contrato atípico por el que se arrienda y prepara un espacio en un centro comercial para una tienda.

<sup>390</sup> ALMEIDA COSTA, M. J.; MENEZES CORDEIRO, A., *Cláusulas contratuais gerais...*, p. 38.

<sup>391</sup> PINTO MONTEIRO, A., “El problema de las condiciones generales...”, op.cit., pp. 90 y ss.; MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito...*, op.cit., p. 632; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das obrigações*, 11 ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 268.

<sup>392</sup> PEDROSA MACHADO, M. N., “Sobre cláusulas contratuais gerais...”, op. cit., pp. 115 – 116.

<sup>393</sup> Los artículos 21 y 22 de la Ley enumeran las cláusulas que se consideran absolutamente prohibidas y prohibidas según el “*quadro negocial padronizado*”, respectivamente.



concretas puede impedir, por ejemplo, una adaptación apropiada a través de los usos y la costumbre, a las que tanto se recurre, como hemos visto, en el caso alemán<sup>394</sup>.

## II. LA PROTECCIÓN AL ADHERENTE EMPRESARIO EN LOS TEXTOS EUROPEOS DE DERECHO DE CONTRATOS

El estudio que hemos hecho de la regulación de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios en distintos países de nuestro entorno tiene que completarse, necesariamente, con una visión panorámica de las soluciones que al respecto han adoptado los diversos textos de Derecho europeo de contratos que han ido surgiendo en los últimos años.

Desde que la denominada “*Comisión Lando*” redactara en el año 2000 el primer volumen de los *Principles of European Contract Law* con la intención de dar una respuesta a la necesidad de la Unión Europea de contar con una infraestructura de Derecho de contratos<sup>395</sup>, se han ido sucediendo diversas propuestas para llevar a cabo una armonización del Derecho de contratos a nivel europeo. Esta necesidad de integración común es puesta de manifiesto por la Comisión Europea en 2001<sup>396</sup>, publicando en 2003 un *Plan de Acción* para conseguir un Derecho contractual europeo más coherente<sup>397</sup>. A un grupo de investigación ya constituido con anterioridad (el *Study Group*, sucesor de la *Comisión Lando*) se suma entonces una nueva red de expertos denominada *Acquis Group*, a la que se encarga la tarea de armonizar las reglas comunitarias ya existentes para mejorar y simplificar el acervo comunitario. Como resultado de esta investigación se publican los *Principios Acquis* (primera versión, 2007; segunda, 2009), un conjunto de principios y reglas formulados sobre la base del Derecho comunitario europeo existente en materia de contratos, que sirvan como fuente para la elaboración, trasposición e interpretación del Derecho comunitario europeo, como señala su propio artículo 1:101. Ambos grupos de investigación, el *Study Group* y el *Acquis Group*, se unen para seguir avanzando en la elaboración de una legislación europea de contratos y, como producto de su trabajo, surge en 2007 un primer borrador del llamado Marco Común de Referencia (*Draft Common*

<sup>394</sup> Una valoración sobre los listados de cláusulas prohibidas en Portugal también en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op.cit., pp. 54 y ss.

<sup>395</sup> Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 76.

<sup>396</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final].

<sup>397</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción, de 12 de febrero de 2003 [COM (2003) 68 final].

*Frame of Reference*), un conjunto normativo que contiene principios y reglas modelo de Derecho privado europeo, del que se publica una segunda versión en 2009. De forma paralela, la Academia de Jurisconsultos europeos de Pavía<sup>398</sup>, bajo la coordinación del profesor GANDOLFI, había estado trabajando en otro texto de Derecho europeo, dando lugar al Proyecto de Código Europeo de Contratos que, sin embargo, presenta unas características propias que lo apartan de las propuestas anteriormente citadas. No se trata tanto de un conjunto de principios generales sino que pretende ser un verdadero Código de los contratos para Europa. Más allá de que formalmente tenga ciertas diferencias con los Principios de Derecho Europeo de Contratos, los Principios Acquis o el Marco Común de Referencia, veremos que, al menos en lo que a nosotros nos concierne, también adopta soluciones que se apartan de las mantenidas por los otros tres textos de Derecho europeo de contratos.

La formación de un Derecho privado europeo es, por tanto, uno de los desarrollos jurídicos más importantes en los tiempos recientes<sup>399</sup> y, aunque todavía no se ha implantado un texto que armonice la regulación europea en el plano de Derecho de contratos, debemos detenernos a analizar el modo en el que se ha abordado la protección de los empresarios adherentes en los Principios de Derecho europeo de contratos (PECL), el Marco Común de Referencia (DCFR), los Principios de Derecho contractual comunitario (Principios Acquis) y el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (Proyecto de Pavía), centrándonos en especial en los dos primeros dada su mayor relevancia actual<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> Constituida en 1992. Acerca de su composición y método de trabajo, *vid.* GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, pp. 22 y ss.

<sup>399</sup> Sin perjuicio de la nota a pie siguiente, alguna bibliografía general sobre la unificación del Derecho contractual europeo, ILLESCAS ORTIZ, R., “La unificación europea del derecho de contratos privados”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 453 – 465; SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación del derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85 – 118; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El ámbito de regulación del futuro...”, *op. cit.*, pp. 405 418; REDING, V., “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *InDret*, núm. 2, abril 2011, 8 p.

<sup>400</sup> Acerca de los PECL, DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., *Los principios del derecho...*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, F., “Consideraciones introductorias”, en BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J. M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pp. 5 – 23; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios LANDO”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 y ss. Sobre el Proyecto de Pavía, VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M.; CABALLERO, J. M. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Dykinson, Madrid, 2003; GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010.

En segundo lugar, es parada obligada la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, presentada por la Comisión Europea en octubre de 2011 (CESL). Se trata de un nuevo texto resultado de esta intención de las autoridades comunitarias de unificar el Derecho privado, que adopta la forma de Reglamento como instrumento no vinculante y que se inspira directamente en el DCFR (y, por tanto, también en los PECL y los Principios Acquis). Aunque su ámbito de aplicación objetivo se reduce al contrato de compraventa y algunos contratos de servicios y no pretende ser una teoría general del contrato, sin duda los contratos entre empresarios – con matices, como veremos- son objeto de su regulación y, en concreto, de tutela en el caso de la contratación mediante cláusulas no negociadas individualmente.

### 1. De los PECL al DCFR, pasando por los Principios *Acquis* y el Proyecto de Pavía

Los textos de Derecho europeo de contratos van, en su mayoría, en la misma dirección en cuanto a la tutela del empresario adherente. Salvo el Proyecto de Pavía, todos ellos extienden la protección en esta forma de contratación fuera del ámbito de los consumidores e incluyendo a los profesionales como sujetos a tutelar aunque, como veremos, en algunos casos, con matices y distinta intensidad.

Comienzan los PECL y el DCFR proclamando el principio de libertad contractual y señalando sus límites, que en ambos casos son reflejados de una forma genérica<sup>401</sup>. Según

---

En referencia a los Principios Acquis, RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, Sellier, Munich, pp. IX y ss.; SCHULZE, R., “I Principio Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca”, en DE CRISTOFARO, G. (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 1 – 21; ARROYO AMAYUELAS, E., “Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209 y ss.

Acerca del DCFR, INFANTE RUIZ, F. J., “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo”, *InDret*, núm. 2, 2008; VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), *Principles, definitions and model rules of European Private Law*, European Law Publishers, Munich, 2008; EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (et al.), “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, IV, octubre – diciembre 2009, pp. 1461 – 1522; VAQUER ALOY, A., “El Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 -265; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2012.

<sup>401</sup> En VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), *Principles, definitions...*, op. cit., pp. 14 – 15, se resalta la importancia de la libertad contractual en el ámbito de los DCFR y la necesaria justificación de cualquier injerencia en la misma. Respecto de los motivos que podrían justificar restricciones a la libertad de determinar el contenido de un contrato, se señalan “*información asimétrica (sobre los hechos, características de los bienes o servicios, cláusulas del contrato, etc.) y falta de poder de negociación*”. “Estos problemas son más comunes cuando un consumidor está negociando con un empresario, pero puede también ocurrir en

el art. 1:102 PECL, la autonomía de la voluntad está limitada por el respeto a la buena fe<sup>402</sup> y a las normas imperativas dispuestas por los propios principios, a lo que el art. 15:101 añade los principios reconocidos como fundamentales en los derechos de los Estados miembros de la Unión Europea. También las partes estarán sujetas a los usos acordados y los que fueran razonables así como a las prácticas establecidas entre ellas (art. 1:105). De forma parecida, el DCFR reconoce la libertad de las partes para determinar el contenido de los contratos que celebren, sujetos a las normas imperativas, a los principios reconocidos como fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea (II-7:301), a la buena fe (I-1:103) y a los usos y costumbres (II-1:104(2)).

En ambos casos, se recoge con una expresión muy abierta la referencia a los principios fundamentales (*“principios reconocidos como fundamentales”* en los Estados) lo que, aunque podría ser criticable, se ha entendido como un intento de dar cabida a las distintas concepciones nacionales<sup>403</sup>. En este sentido, el Proyecto de Pavía es el único en recurrir a los límites que podíamos denominar tradicionales, *“las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público”* (art. 2) que, por ejemplo, aparecen también en nuestro art. 1255 Cc. (ley, orden público y moral) al igual que en otros muchos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es cierto que si ya existen dificultades para acotar estas ideas en los ordenamientos nacionales, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, los problemas aumentarían al intentar alcanzar una definición más o menos concreta y común<sup>404</sup>. Por otro lado, es conveniente destacar la mención a los usos como límite a la

---

*contratos entre empresarios, particularmente cuanto uno es un pequeño empresario que carece de experiencia”.*

<sup>402</sup> EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (et al.), “El marco común de referencia...”, op. cit., pp. 1486 – 1487, 1520, señalan el control mucho más amplio que supone un concepto tan general como el de la buena fe respecto de los tradicionales como la moral o las leyes prohibitivas, lo que, a juicio de los autores, puede abrir camino a una grave merma de la autonomía privada pues la buena fe y los usos negociales no serían ya simples criterios para la interpretación e integración de la norma, sino que el contenido contractual queda subordinado a esos criterios generales (respecto del texto del DCFR presentado como provisional (*interim outline edition* 2008) modificado en su versión definitiva y que, en este aspecto, tenía una redacción similar a la de los PECL). Previamente había llamado la atención OSSORIO SERRANO, J. M., “El principio de la buena fe y su incidencia en el Derecho contractual europeo”, en OSSORIO SERRANO, J. M.L (ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Universidad de Granada, Granada, 2005, pp., 28, 31 y 35, acerca de la flexibilización del sistema jurídico comunitario que supone el reconocimiento del principio de buena fe para evitar resultados injustos, si bien reconoce la dificultad de utilizarlo y concretarlo dada su naturaleza de concepto jurídico indeterminado.

<sup>403</sup> BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J. M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pp. 309 – 310; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios LANDO...”, op. cit., p. 163; BOSCH CAPDEVILA, E., “Comentario a los arts. II-4:104, II-4:209, II-7:301”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p. 529.

<sup>404</sup> En todo caso, no parece que la diferencia entre los textos sea abismal pues se ha señalado la proximidad del orden público con las normas imperativas, quedando, entonces, sin mención expresa solo la “moral”, concepto que ha querido verse representado en los PECL con la referencia a la buena fe y la lealtad (DÍEZ-

autonomía de la voluntad, dado el papel relevante de aquéllos en el tráfico jurídico comercial.

Pero, junto a los límites generales a la autonomía privada, los textos de Derecho europeo regulan los límites específicos en el caso de la contratación mediante condiciones generales. Como ya adelantábamos, hay una tendencia a incluir a los empresarios en el ámbito de aplicación de las normas protectoras de la parte débil.

La definición de condiciones generales de la contratación no difiere materialmente mucho de la recogida en nuestro art. 1 LCGC. El art. 2:209(3) PECL las define como aquellas cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes. De modo prácticamente idéntico, el art. II.-2:109 DCFR (así como, previamente, había hecho el art. 6:101(3) Principios Acquis) entiende por condiciones generales de la contratación todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes. Por otro lado, el art. 33.1 Proyecto de Pavía las define como aquellas redactadas por una de las partes para regular uniformemente una pluralidad de relaciones contractuales determinadas. Predisposición y pluralidad de contratos son dos de las notas que estos conceptos comparten con nuestra legislación y lo mismo podría decirse del requisito de la imposición pues, si bien expresamente no se identifica como tal, parece estar implícito en la no negociación de las cláusulas que todos, salvo el Proyecto de Pavía, incluyen en la definición<sup>405</sup>.

El DCFR (y los Principios Acquis), a diferencia de los PECL (y del Proyecto de Pavía), define de forma independiente al de condición general el concepto de cláusula no negociada individualmente, como aquella cláusula predisposta por una de las partes en cuyo contenido en particular la otra parte no ha podido influir porque ha sido redactada previamente, sea o no una condición general (art. II.-9:103(1)<sup>406</sup><sup>407</sup>). Esta diferenciación expresa, que en los PECL o

---

PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., *Los principios del derecho...*, op. cit., p. 147). Acerca de las reglas imperativas en el Proyecto de Pavía, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M.; CABALLERO, J. M. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 192 – 193.

<sup>405</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 772; GIMÉNEZ COSTA, A., “Comentario a los arts. II.-1:109”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos...*, op. cit., pp. 121 – 122.

<sup>406</sup> El resto del artículo realiza aclaraciones sobre el concepto indicando que si una parte facilita un listado de cláusulas a la otra parte, no se considerará que una cláusula se ha negociado individualmente por el mero hecho de que la otra parte la haya elegido del listado (apartado 2). Respecto de la carga de la prueba en el caso

en nuestra legislación nacional solo aparece referida de forma indirecta, pretende dejar claro que, si bien todas las condiciones generales son cláusulas no negociadas individualmente, no tiene por qué ocurrir al revés pues puede existir una cláusula que no se haya negociado de forma individual y que no esté, sin embargo, incluida en condiciones generales sino que se haya previsto para un contrato en particular (aunque lo primero será lo habitual en la práctica)<sup>408</sup>.

Pues bien, como sabemos, este tipo de cláusulas, debido al recorte de autonomía privada y libertad de la parte adherente que suponen, están sujetas, no solo a los límites generales a la autonomía privada sino a unos controles específicos que, al igual que en el caso de nuestra legislación, se concretan en un control de incorporación y un control de contenido.

### 1.1. Control de incorporación

En cuanto al primero, el control de inclusión, el art. 2:104 PECL exige que la parte predisponente haya adoptado las medidas suficientes para que la otra parte repare en los términos que no hayan sido objeto de negociación antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión, sin que la mera referencia en el texto a una cláusula, incluso estando firmado el documento, sea suficiente para considerar que se ha destacado de forma conveniente. También alude a la necesidad de favorecer el conocimiento del adherente de las cláusulas predispuestas no negociadas el art. II.-9:103 DCFR: “[...] *solo podrán invocarse frente a la otra parte si esta última fuera consciente de las mismas o si la parte que las dispuso tomó las medidas adecuadas para llamar la atención de la otra parte respecto de las mismas, antes o durante la celebración del contrato*” (apartado 1), sin que sea tampoco suficiente una mera referencia a las cláusulas en el documento, con independencia de que éste esté firmado (apartado 3)<sup>409</sup>. Y, en la misma línea, el art. 6:201 Acquis<sup>410</sup>. En los tres casos, por lo tanto, la posibilidad del adherente de conocer las

---

de que una de las partes discuta que la cláusula parte de un clausulado general ha sido negociada individualmente, corriendo a cargo de ella la carga de la prueba (apartado 3).

<sup>407</sup> El art. 6:101 Acquis incluyen una definición similar de cláusula no negociada individualmente o predispuesta a la de del DCFR salvo por el matiz de que el hecho de ser parte de un contrato de adhesión refuerza el carácter no negociado de la cláusula (“*en particular como parte de un contrato de adhesión*”).

<sup>408</sup> GIMÉNEZ COSTA, A., “Comentario al art. II.-1:110...”, op. cit., pp. 126 – 127.

<sup>409</sup> Se añade un mención especial para el caso de contratos celebrados por medios electrónicos (que esté disponible la cláusula “en forma textual”, apartado 2).

<sup>410</sup> “(1) *Las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente vinculan a la parte que las ignoraba sólo si quien las utiliza toma medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento de las mismas antes o en el momento de la conclusión del contrato. (2) No es suficiente para hacer tomar conocimiento de las cláusulas una mera referencia a las mismas en un documento contractual, ni siquiera aunque la parte firme este documento. (3) Si el contrato debe concluirse electrónicamente, las cláusulas contractuales no vinculan a la otra parte si quien las utiliza no las proporciona en la forma de texto*”. En el

cláusulas no negociadas es el elemento central del control de incorporación, teniendo que estar a la buena fe y a lo razonable en la valoración de la suficiencia o adecuación del comportamiento desplegado por el predisponente.

Sin embargo, y mientras que los PECL limitan la regulación del control de incorporación a este deber de advertencia, el art. II.-9:402 DCFR, de forma parecida a nuestra legislación nacional, añade otro deber: uno de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente. Así, el predisponente debe redactar y comunicar estas cláusulas “*en un lenguaje sencillo e inteligible*”<sup>411</sup>. Hay que resaltar, no obstante, que si bien en contratos entre empresarios y consumidores el incumplimiento de este deber de transparencia puede conllevar incluso la nulidad por abusividad de la cláusula (apartado 2), en el resto de contratos –entre ellos, los contratos entre empresarios-, la sanción que conlleva es solo la aplicación de la regla *contra proferentem* pero no la abusividad ni la inoponibilidad (pena que acarrea la falta del requisito de puesta en conocimiento del contenido contractual)<sup>412</sup>. Eso sí, la falta de transparencia será un indicio de abusividad para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, al ser éste uno de los criterios recogidos entre los factores a tener en cuenta (art. II.-9:407).

El texto que se aparta de este esquema de control de incorporación es el Proyecto de Pavía. Aunque el control gira en torno al mismo criterio de cognoscibilidad que en el resto de textos, su redacción es distinta pues se centra en que el adherente haya conocido o pudiera haber conocido las cláusulas si hubiera desplegado una “diligencia ordinaria” –entendemos, de la redacción, que la diligencia se le exige al adherente-. A esto se une el art. 30, cuyo contenido no está muy claro si representa un control de incorporación o, por el contrario, material. El art. 30 contiene una lista de cláusulas que podríamos denominar, en principio, “negras”, en el sentido de que no es susceptible de valoración su nulidad sino que, en todo caso, carecen de efectos. Se trata de aquellas cláusulas que establezcan a favor del predisponente limitaciones de la responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o la facultad de suspender su cumplimiento, cláusulas que establezcan en perjuicio del adherente plazos de caducidad, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en sus

---

apartado cuarto, especifica una regla de incorporación para los contratos con consumidores, según la cual estos no quedarán vinculados por las cláusulas que no han tenido oportunidad real de conocer antes de la conclusión del contrato. Parece, por tanto, que la regla es más estricta porque exige la oportunidad real de conocer las cláusulas que, entendemos, supone un plus respecto de, “simplemente”, tomar las medidas adecuadas (aquellos supuestos en los que, aun siendo diligente el profesional, el consumidor no tendría acceso a las cláusulas). PFEIFFER, T.; EBERS, M., “Comments to article 6:101 – 6:306”, en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier, Munich, pp. 224, 226.

<sup>411</sup> También el art. 6:302 Acquis exige que las cláusulas no negociadas individualmente sean redactadas y dadas a conocer en un lenguaje sencillo e inteligible.

<sup>412</sup> BLANDINO GARRIDO, M. A., “Comentario al art. II.-9:402...”, op. cit., pp. 646 – 647.

relaciones con terceros, la prórroga o tácita reconducción del contrato así como cláusulas compromisorias o derogaciones convencionales de las normas sobre determinación de la competencia de los Tribunales. Sin embargo, lo que pudiera parecer un control de contenido a base de un listado, en este caso, exhaustivo, se convierte en un control de incorporación cuando el texto del artículo señala que estas cláusulas carecerán de efectos “*a menos que sean expresamente ratificadas por escrito*”. Es decir, que si son expresamente aceptadas, se entiende que el adherente las ha podido conocer. Es curiosa esta solución por el tipo de cláusulas a las que se refiere y, sobre todo, porque en la contratación mediante condiciones generales parece bastante claro que el conocimiento y aceptación de una cláusula impuesta no garantiza nada, precisamente por el carácter impuesto del contenido.

Sin perjuicio de que en otro momento volvamos sobre ello, debe anotarse una cuestión vinculada con el control formal de la que se ocupan los PECL y el DCFR y que tiene interés para nosotros porque se da especialmente en el ámbito de los contratos mediante condiciones generales entre profesionales. Es el caso de la incompatibilidad entre condiciones generales. Es común que en los contratos entre empresarios, en especial si tienen una cierta dimensión las empresas, ambas partes utilicen sus propias cláusulas generales de tal forma que cada una acepta la declaración de voluntad de la otra pero a través de sus propios formularios, que pueden ser incompatibles. Surge en ese momento lo que se ha denominado “batallas de formularios”, es decir, se plantea el problema de determinar si existe el contrato y, en ese caso, qué condiciones generales son las que rigen el mismo. Los arts. 2:209 PECL y II.-4:209 DCFR intentan dar solución a este dilema concluyendo que si las partes han llegado a un acuerdo, existe contrato aunque la oferta y su aceptación se refieran a condiciones generales incompatibles, formando parte del contrato en la medida en que coincida “*en su contenido esencial*” (PECL) o “*en lo fundamental*” (DCFR)<sup>413</sup>. Es decir, las condiciones generales que sean compatibles entre sí formarán parte del contrato mientras que las que no lo sean, se “anulan” mutuamente<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> Ello salvo que alguna de las partes hubiera indicado de manera previa, explícita y no por medio de condiciones generales que no se considerará obligada en esta situación o bien se lo comunique con posterioridad a la otra parte sin demora (párrafo 2º, arts. 2:209 PECL y II.-4:209 DCFR).

<sup>414</sup> DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., *Los principios del derecho...*, op. cit., pp. 192-194; BOSCH CAPDEVILA, E., “Comentario al art. II.-4:209”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos...*, op. cit., pp. 326 y ss.



## 1.2. Control de contenido

Como sabemos, una cláusula no negociada que se incorpora al contrato tras haber superado este primer control de cognoscibilidad -al que se suma, en algunos casos, el de transparencia-, puede ser declarada nula si es abusiva<sup>415</sup>. Así lo determina el art. 4:110 PECL y los arts. II.-9:403, II.-9:405 y II.-9:405 DCFR, así como los arts. 6:301, 6:304 y 6:305 Acquis y el art. 30 Proyecto de Pavía, encargados de regular el denominado control de contenido, aunque, como veremos, con matices en cuanto al alcance, estructura y criterios.

Los PECL recogen la cláusula general de la Directiva de 1993 en similares términos: *“una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe<sup>416</sup>, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo”*. Como se puede observar, la parte protegida por este control es el adherente en general, tanto si es consumidor como si es empresario. El DCFR, sin embargo, aborda estas reglas de forma diferente pues, si bien protege a consumidores y no consumidores, no lo hace desde un control único sino diferenciando los criterios a aplicar para determinar la abusividad en función de si el contrato está celebrado entre un empresario y un consumidor, dos no empresarios o dos empresarios. Mientras que una cláusula no negociada será abusiva en un contrato entre un empresario y un consumidor *“si ha sido predispuesta por el empresario y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, un perjuicio significativo al consumidor”* (art. II.-9:403), la redacción de la cláusula general de abusividad en el caso de contratos entre empresarios varía hasta ser la siguiente: *“una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios será abusiva, a los efectos de esta sección, solo si forma parte de cláusulas estándar predispuestas por una de las mismas y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas*

<sup>415</sup> Salvo que se trate de una cláusula que concrete el objeto principal del contrato o la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte, si se ha observado el deber de transparencia (*“redactada de manera clara y comprensible”* en los PECL, *“redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible”*, en el DCFR y los Acquis), arts. 4:110 PECL, II.-9:406 DCFR y 6:303(2) Acquis.

<sup>416</sup> En la versión al castellano aparece una referencia a la buena fe aunque en la versión en inglés se habla de buena fe y lealtad, *“good faith and fair dealing”*. A juicio de ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 94, si bien durante todo el texto la buena fe y la lealtad aparecen juntos como criterios -lo que posiblemente haya motivado que así lo hagan también en el art. 4:110-, el límite es solo la buena fe en el caso del control de contenido de las cláusulas no negociadas pues, mientras que este concepto se ve aquí desde el punto de vista objetivo, la lealtad tiene un marcado carácter subjetivo, relacionado con el comportamiento que cada parte tiene que tener con la otra.

*comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos*” (art. II.-9:405). En ambos casos, serán factores a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas el deber de transparencia, la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes durante la celebración del contrato así como el resto de cláusulas del contrato o de otro del que dependa (art. II.-9:407).

El parámetro de la “*buena práctica comercial*” para valorar la abusividad de las cláusulas ya había sido incorporado por los Principios Acquis a través de su art. 6:301<sup>417</sup>. Sin embargo, aunque en un primer párrafo habla de partes contratantes en general, sin restringir por tanto la protección a los consumidores, el párrafo segundo del precepto introduce una regla específica para las relaciones entre profesionales: “*una cláusula no negociada individualmente en un contrato entre profesionales se considera abusiva cuando su utilización implica un apartamiento notorio de la buena práctica comercial*”. No creemos, sin embargo, que esto excluya las relaciones entre empresarios del ámbito de aplicación de la cláusula general de la buena fe –donde no distingue el propio texto no tenemos por qué hacerlo nosotros- sino que para apreciar si una cláusula es abusiva o no habrá que estar a la buena praxis comercial, interpretada de forma conjunta con la buena fe<sup>418</sup>.

De nuevo, totalmente alejado de estos tres textos, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido, se encuentra el Proyecto de Pavía, siendo el único que no incluye a los empresarios como sujetos a tutelar frente a las cláusulas no negociadas individualmente. El art. 30 es muy claro al limitar a los contratos entre profesionales y consumidores la posibilidad de que una cláusula se considere abusiva<sup>419</sup>. Aunque el precepto encargado de regular las condiciones generales del contrato, el art. 33, alude a la posibilidad de que éstas puedan ser inoponibles al adherente por reputarse abusivas –sin

---

<sup>417</sup> El art. 6:301 Principios Acquis regula el control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente recurriendo a una cláusula general según la que serán abusivas si perjudican a la otra parte de manera contraria a las exigencias de la buena fe, creando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que nacen del contrato, teniendo en consideración la naturaleza de los bienes o servicios que deben ser suministrados en virtud del contrato, las circunstancias que han rodeado su conclusión, otras cláusulas del mismo o cualquier otro contrato del que dependa.

Se ha señalado su procedencia del control de contenido que introduce la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (art. 3.3), PFEIFFER, T.; EBERS, M., “Comments to article 6:101...”, op. cit., p. 234; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Comentario al art. II.-9:405...”, op. cit., p. 663.

<sup>418</sup> No parece tan claro que esto sea así para PFEIFFER, T.; EBERS, M., “Comments to article 6:101...”, op. cit., p. 238, quienes señalan que en los contratos entre empresarios el estándar a aplicar es distinto: a una cláusula que fuera contraria a la buena fe en un contrato con consumidores, solo le sería de aplicación el 6:301(2) si, bajo el estándar de la buena práctica comercial, es manifiestamente abusivo.

<sup>419</sup> Art. 30.5: “*En los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, salvo lo previsto por las normas comunitarias, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor, incluso si el profesional está de buena fe*”.

restricción alguna, por tanto, también al adherente empresario-, no añade nada ya que la abusividad debe resultar de la aplicación de “*las disposiciones de este Código o conforme a las disposiciones comunitarias o nacionales*”. No habiendo un control de abusividad para contratos entre empresarios en el Proyecto de Pavía ni en las disposiciones comunitarias –al menos, en general, sin referencia a operaciones concretas-, habría que estar a lo regulado en cada uno de los ordenamientos nacionales<sup>420</sup>.

Como sabemos, el control de contenido comprende en algunos ordenamientos jurídicos, además de una cláusula general como núcleo, una lista de cláusulas abusivas, bien a modo de ejemplo, bien exhaustiva. No es el caso de los PECL, cuya regulación del control material de las cláusulas no negociadas individualmente se agota en la cláusula general de abusividad sin incluir ninguna lista de ejemplos concretos (tampoco el Proyecto de Pavía). Sí que los incluyen, por el contrario, tanto los Principios Acquis como el DCFR, aunque solo referidos a los contratos entre un empresario y un consumidor, con lo que no serían de aplicación a la contratación que nos ocupa en estas líneas, tal y como ocurre en nuestra normativa nacional<sup>421</sup>.

Pues bien, de lo hasta aquí expuesto se puede concluir que, con excepción del Proyecto de Pavía, los empresarios adherentes en contratos mediante condiciones generales sí que ven protegida su posición en los textos de Derecho europeo, tanto mediante un control de

<sup>420</sup> Incluso respecto al régimen general de las condiciones generales y las cláusulas abusivas en los propios contratos con consumidores, se ha entendido que puede suponer un retroceso en la seguridad jurídica y el nivel de protección comparado con nuestro régimen jurídico nacional (véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido”...”, op. cit., pp. 197 – 202, en especial, pp. 200 – 202).

<sup>421</sup> El art. 6:304 Acquis habla de una “*muestra no exhaustiva de cláusulas que son abusivas en contratos entre un profesional y un consumidor, si no han sido negociadas individualmente*”, aunque luego solo enumera una, las cláusulas que otorgan jurisdicción exclusiva para la resolución de todos los conflictos que surjan del contrato a los tribunales del domicilio del profesional. Esta cláusula se ha recogido también en el art. II.-9:409 DCFR, aunque ya no como parte de una lista: “*una cláusula que figure en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor es abusiva, a los efectos de esta sección, cuando, habiendo sido predispuesta por el empresario, confiere la competencia exclusiva para todos los conflictos que deriven del contrato al tribunal del domicilio del empresario, salvo que coincida con el del lugar donde el consumidor tiene su domicilio*”. A esta cláusula “negra” (en todo caso, sin necesidad de valoración, será abusiva), se une el amplio listado de los arts. 6:305 Acquis y II.-9:410 DCFR, de cláusulas que presumiblemente son abusivas (“lista gris”), también en contratos entre un empresario y un consumidor, de manera semejante a la Directiva de 1993 (a modo de ejemplo, cláusulas que excluyen o limitan responsabilidad del empresario en caso de muerte o daños físicos causados al consumidor debido a una acción u omisión del mencionado empresario, cláusulas que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, cláusulas que autoricen al empresario a modificar unilateralmente los términos del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo o cláusulas que obliguen al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el empresario no hubiera cumplido con las suyas). Respecto de estos listados de cláusulas, PFEIFFER, T.; EBERS, M., “Comments to article 6:101...”, op. cit., pp. 246 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Comentario a los arts. II.-9:409 y II.-9:410...”, op. cit., pp. 685 – 694; MELI, M., “Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione”, en DE CRISTOFARO, G. (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 467 y ss.

incorporación (posibilidad de conocimiento a lo que, en el caso del DCFR y Principios Acquis, se unen ciertos requisitos de redacción<sup>422</sup>), como a través de un control de contenido articulado en una cláusula general. Es cierto que el proyecto más favorecedor es el de los PECL puesto que habla de “partes” en general y no introduce apenas diferencias entre que esa parte débil sea un consumidor o sea un profesional<sup>423</sup>. El DCFR (y, antes, los Principios Acquis), por el contrario y a pesar de otorgar también protección a aquellos empresarios que ven limitada su autonomía contractual, sí que distingue en las reglas a aplicar en numerosos momentos a lo largo del texto. Así, la abusividad por falta de transparencia, la cláusula negra de competencia exclusiva y el listado orientativo de cláusulas que se presumen abusivas, quedan limitados a los contratos con consumidores, del mismo modo que el control de contenido al que debe sujetarse una cláusula no negociada en un contrato entre empresarios se guía por criterios diferentes. Efectivamente, ya hemos visto que la fórmula para articular el control no se queda en la contrariedad a la buena fe y honradez de tratos en general sino que exige que la cláusula se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales (lo que a nuestro juicio, sin embargo, no tiene por qué implicar un control más restrictivo sino simplemente unas pautas para adecuar el control al tipo de contratos).

Pero el DCFR sí es más restrictivo en otro aspecto de base: cuando la contratación es en entre empresarios, no están sujetas a control todas las cláusulas no negociadas individualmente —esto es, tanto las destinadas a su incorporación a una pluralidad de contratos como a un contrato en particular— sino solo las cláusulas estándar predispuestas. Por el contrario, los PECL (y, en este caso, también los Principios Acquis) no hacen distinción en este sentido refiriéndose a toda cláusula que no se haya negociado de manera individual. El único punto en el que podríamos decir que la divergencia entre PECL y DCFR juega a favor del empresario adherente en el segundo texto, es en cuanto a los criterios a tener en consideración para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, pues el DCFR es el único que hace referencia al incumplimiento del deber de transparencia, aunque sea como mero indicio de abusividad.

---

<sup>422</sup> Como hemos visto, el Proyecto de Pavía sí que contempla un control de incorporación pero de peculiares características.

<sup>423</sup> Como señala ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit. 90, los PECL parten de una concepción amplia del contrato sin distinguir entre contratos civiles y comerciales y en la que el destinatario puede ser cualquiera. También aludiendo al “*afán omnicompreensivo de todo el Derecho contractual privado*” de los PECL, VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El ámbito de regulación del futuro...”, op. cit., pp. 407 – 408.

Más allá de la regulación de los contratos mediante condiciones generales, otro aspecto en el que el DCFR no es tan protector como los PECL respecto del empresario parte en un contrato, es en cuanto al tratamiento de las declaraciones hechas por terceros y no incorporadas al negocio jurídico. Mientras el art. 6:101 PECL entiende que las declaraciones realizadas por una de las partes antes o durante la conclusión del contrato y las informaciones incluidas en la publicidad del proveedor o en publicidad de terceros, con ciertos requisitos, se entienden incluidas como contenido del contrato con independencia de la naturaleza de los contratantes y por concreción del principio general de la buena fe, no ocurre lo mismo en el DCFR. En este texto, ciertos aspectos se consideran una cuestión de protección del consumidor, pues si bien las declaraciones hechas por las partes o la publicidad o marketing realizada por un empresario sí que deben considerarse como una cláusula contractual, no ocurre lo mismo con las declaraciones públicas del productor u otros sujetos de la cadena de comercialización, que solo se consideran realizadas por el empresario que contrata si la otra parte es un consumidor<sup>424</sup>.

Por último, hay que añadir la regla contenida en el art. 4:109 PECL que contempla la posibilidad de anular o adaptar un contrato –en general, sin hacer distinción en función de la naturaleza de los contratantes- en el caso de beneficio excesivo o ventaja injusta. De este modo, un contratante puede anular el negocio jurídico si se dan determinadas circunstancias en los sujetos participantes. Por una parte, y respecto del contratante perjudicado, es necesario que dependiera de la otra parte, tuviera una relación de confianza con ella, se encontrara en dificultades económicas o con otras necesidades urgentes, no tuviera capacidad de previsión o fuera ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora. En cuanto a la parte contratante que abusa, se requiere que fuera o debiera haber sido conocedora de tal situación y que, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechara de ello de manera claramente injusta o hubiera obtenido así un beneficio excesivo. En lugar de declarar la nulidad, también puede solicitarse al juez o tribunal la adaptación del contrato al contenido que hubiera sido ajustado al principio de buena fe contractual. Una figura similar la encontramos en el Proyecto de Pavia, cuyo art. 30.2 entiende como rescindible “*todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en*

<sup>424</sup> El argumento que se da en los comentarios al DCFR para esta exclusión es que en los contratos entre profesionales lo razonable es pensar que el comprador profesional de los bienes o servicios que desea confiar en las declaraciones preguntará al proveedor si acepta la responsabilidad por las declaraciones hechas por esos terceros (VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), Art. II.-9:102, *Principles, definitions and model rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2013, p. 613; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Comentario a los art. II.-9:102”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p. 585).

*relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero*”<sup>425</sup>. Lo más próximo que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico nacional a una solución así es la Ley de Usura de 1908 según la que pueden ser declarados nulos contratos de préstamo si concurren similares condiciones, *grosso modo*, en el prestamista y el prestatario. Fuera de esta norma, limitada a un tipo de contrato concreto, solo se prevé esta posibilidad en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, cuyo art. 1301 reza en los siguientes términos: “*una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que sea aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*”.

La ratio del artículo es la declaración de nulidad o adaptación del contrato en caso de situación de abuso, lo que no estaría muy alejado del fin último que subyace detrás de los controles en la contratación mediante condiciones generales. Entendemos, no obstante, que obtener la nulidad del contrato o, mejor - por ser una solución menos agresiva y más próxima a la nulidad de cláusulas concretas por ser abusivas-, la adaptación del contenido del contrato por aplicación de esta figura, sería más difícil que a través del juicio de abusividad de las condiciones generales de la contratación.

## **2. La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea**

El 11 de octubre de 2011 se presenta la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, con la intención también de promover el comercio transfronterizo en el mercado interior y eliminar los obstáculos, desincentivos y costes que implican las diferencias de regulación del Derecho contractual entre los Estados miembros<sup>426</sup>. Aunque referido solo a tres tipos de contratos –

---

<sup>425</sup> Acerca de la figura de la lesión en el Proyecto de Pavía, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido”...”, op. cit., pp. 195 – 196.

<sup>426</sup> Acerca de la elaboración de la propuesta, vide GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret*, 1/2012; SCIAUDONE, F., “Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: a lawyer’s viewpoint”, Directorate General for internal policies, Policy Department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, PE 462.472, octubre 2012, <http://www.europarl.europa.eu/studies>; FAUVARQUE-COSSON, B., “Hacia un Derecho común europeo de

contratos de compraventa y afines, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de prestación de servicios relacionados con los anteriores-, conviene tener en cuenta determinados aspectos de su regulación que se centran en la contratación entre empresarios. Y es que su ámbito subjetivo de aplicación, como se desprende del art. 7 del Reglamento, no solo abarca los contratos con consumidores sino también los contratos entre empresarios en los que al menos una de las partes sea una pequeña o mediana empresa, “PYME”, entendiendo por tal a aquellas que emplean a menos de doscientas cincuenta personas y no superan una determinada cifra de volumen de negocios o balance anual<sup>427</sup>.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Propuesta ha sido objeto de controversia. Aunque este régimen europeo parece pensado para proporcionar seguridad jurídica a aquellos que no tienen los suficientes recursos como para costearse servicios jurídicos –consumidores y PYMES, a diferencia de las grandes empresas-<sup>428</sup>, hay quien opina que podía ser también de utilidad a las grandes empresas, dado el volumen de operaciones que generan a nivel europeo y lo complejo de la aplicación del criterio de delimitación del ámbito subjetivo. De hecho, el propio Reglamento parece apoyar esta idea permitiendo que los Estados miembros puedan decidir aceptar el uso de la normativa común de compraventa europea también para los contratos en los que todas las partes sean comerciantes no PYME (art. 13.b))<sup>429</sup>. Por el contrario, la incorporación, incluso de los pequeños y medianos empresarios dentro del

---

la compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pp. 41 y ss.

<sup>427</sup> Art. 7.2: “A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país”.

<sup>428</sup> FAUVARQUE-COSSON, B., “Hacia un Derecho común europeo...”, op. cit., p. 48.

<sup>429</sup> Se ha puesto de manifiesto que la simplificación que supone el instrumento opcional puede ser un atractivo para que se elija por las empresas como un modelo de contrato “neutro”, MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final”, *RebelsZ*, núm. 2, 2011, pp. 414 – 415. Para GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional...”, op. cit., pp. 12 – 13, es poco justificable la limitación del ámbito a las PYME teniendo en cuenta que el 60% de las operaciones comerciales europeas proviene de las grandes empresas, siendo deseable que todos los Estados miembros hicieran uso de la facultad del art. 13.b) que permite incluir a todas las empresas. En cierto sentido, del mismo modo piensan ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, P., “El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación”, *Derecho de los Negocios*, núm. 265 – 266, año 23, noviembre- diciembre, 2012, p. 12. Aunque, como veremos, estos autores son de la opinión de que el instrumento opcional debería centrarse en la contratación con consumidores, consideran que, si finalmente se opta por incluir las relaciones entre empresarios dentro del ámbito de aplicación de la propuesta, debería hacerse en general, es decir, abarcando a todos los empresarios y no solo a las PYME, y más teniendo en cuenta que los criterios que se utilizan para delimitar a las PYME son un tanto confusos y difíciles de aplicar. Cuestionando asimismo la restricción del ámbito de aplicación del instrumento opcional a las PYMES, EBERS, M., El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *InDret*, núm. 1, enero 2012, p. 29.

ámbito de la propuesta de normativa ha sido considerada como un desacierto por parte de otros autores, que entienden que sería aconsejable que se aplicase este instrumento opcional exclusivamente a los contratos con consumidores<sup>430</sup>.

En líneas generales, este texto de Derecho europeo sigue los pasos de los anteriores. Junto con los límites genéricos a la libertad de contratación (el artículo 1 promulga la libertad de las partes de celebrar un contrato así como de determinar su contenido, libertad tan solo limitada por las normas imperativas a lo que se suma el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual (art. 2) y el cooperación (art. 3)), se introducen determinados requisitos para la validez de las cláusulas no negociadas individualmente –no tienen que ser condiciones generales- que afectan, aunque de diferente manera, tanto a los contratos con consumidores como a los contratos entre empresarios.

La definición de condiciones generales de la contratación coincide con la de los PECL, Acquis y DCFR (y nuestro art. 1 LCGC), siendo sus rasgos, asimismo, la predisposición, la pluralidad de contratos como destino y la ausencia de negociación individual (art. 2 Reglamento, “Definiciones”<sup>431</sup>). Ausencia de negociación individual que, según el art. 7 de la propuesta de normativa común, se produce cuando la cláusula ha sido impuesta por una de las partes y la otra no ha podido influir en su contenido<sup>432</sup>. También para estas cláusulas

---

<sup>430</sup> SCHULTE-NÖLKE, H., “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, p. 64; TWIGG-FLESNER, C., “La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, p. 104.

ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, P., “El Reglamento Opcional...”, op. cit., p. 11, no ven en las diferencias en materia de derecho contractual europeo un grave obstáculo al comercio transfronterizo pues en la práctica una buena parte de los empresarios recurren a formularios de condiciones generales ya elaborados por instituciones de los diferentes sectores, lo que implica una cierta garantía de equilibrio. Dicha ausencia de necesidad de intervención legislativa en este área, hace que estos autores encuentren preferible una propuesta centrada en los consumidores en exclusiva, más cuando el contenido del CESL resulta a su juicio excesivamente proteccionista. A esto se suma el hecho de que el texto europeo propuesto se solapa sustancialmente con el ámbito de aplicación de la Convención de Viena, lo que hace cuestionarse su utilidad (pp. 10 – 11). Señalando también la coincidencia entre el CESL y la Convención de Viena, SCIAUDONE, F., “Proposal for a Regulation...”, op. cit., pp. 9 – 10. No augura el artículo una gran influencia del CESL, al menos en transacciones entre empresarios, a la vista de esta duplicidad y la propia experiencia con la Convención de Viena –de escasa aplicación- pues los empresarios preferirán aplicar instrumentos jurídicos con los que estén ya familiarizados y en los que hayan invertido, probablemente, tiempo y dinero.

<sup>431</sup> Se definen las condiciones generales de la contratación como “cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del artículo 7 de la normativa común de compraventa europea”.

<sup>432</sup> De forma casi exacta que el DCFR, apunta que no se considera que una cláusula se ha negociado individualmente por el hecho de que una parte la haya elegido dentro de un listado que la otra le ha impuesto. La carga de la prueba de la negociación individual recae también sobre el que lo alegue (el comerciante, en el caso de un contrato entre empresario y consumidor).



se prevén controles específicos, de incorporación y de contenido, con los matices que veremos a continuación<sup>433</sup>.

El elemento del control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente que es de aplicación a todos los contratos en general y, por tanto, también a contratos concluidos entre empresarios, se encuentra en el Capítulo 7, con rúbrica “*Contenido y efectos*” y fuera, por consiguiente, del capítulo dedicado a las cláusulas contractuales abusivas (Capítulo 8). El art. 70 de la propuesta de normativa común recoge el deber de llamar la atención sobre este tipo de cláusulas, de tal forma que “*las cláusulas contractuales impuestas por una de las partes y no negociadas individualmente a tenor del artículo 7 podrán ser invocadas contra la otra parte solo si ésta tuvo conocimiento de ellas, o si la parte que las impuso adoptó las medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento de ellas antes de la celebración del contrato o durante dicha celebración*”. Este deber no excluye ni modificable por las partes, es un deber general ya que se exige con independencia de la condición de consumidor o no del adherente<sup>434</sup>. A este requisito de cognoscibilidad, sin embargo, no se le suma uno de transparencia, que queda relegado a los contratos con consumidores, para los que sí que se exige la redacción en un lenguaje sencillo y comprensible, tal y como se desprende del art. 82.

Aunque estrictamente no es un control de incorporación, debe anotarse que también el CESL dedica un artículo, el 39, a regular el ya mencionado supuesto de incompatibilidad de condiciones generales de contratación, supuesto que, como dijimos, tiene su ámbito de aplicación mayoritario precisamente en los contratos mercantiles. Resuelve el conflicto de modo análogo a los PECL y el DCFR, esto es, entendiendo celebrado el contrato si hay acuerdo y formando parte del mismo las condiciones generales que coincidan en lo fundamental.

La sanción general que conlleva la declaración de abusividad de cláusulas incorporadas por un contratante es la no vinculación para la parte adherente, tal y como dispone el art. 79 de la propuesta. Y esto es así tanto para contratos con consumidores como para contratos entre empresarios. Sin embargo, mientras que la regulación de las cláusulas abusivas en los primeros sigue el esquema tradicional de control de incorporación –añadiendo un deber de transparencia al de cognoscibilidad- y control de contenido, basado en una cláusula general

<sup>433</sup> Acerca del control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos entre comerciantes en el CESL, véase EBERS, M., “El control de las cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 29 – 37.

<sup>434</sup> Sin perjuicio de que en el caso de que el adherente sea un consumidor se especifique que la mera referencia en el texto del contrato no bastará para considerar que se han adoptado medidas suficientes para que el consumidor tenga conocimiento de las cláusulas contractuales aun cuando el consumidor haya suscrito el documento.

(art. 83) a la que complementan dos listas de cláusulas, una negra (art. 84) y otra gris (art. 85), la ordenación prevista para las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios se contempla en un solo precepto, el art. 86. Sin hacer alusión, como habíamos anticipado, a ningún deber de transparencia –por oposición a los contratos con consumidores–, el art. 86 dota de contenido al término “abusivo” en este tipo de contratos. De este modo, señala que una cláusula será abusiva en un contrato celebrado entre comerciantes solo si: “a) *forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual*”. Aporta este precepto una serie de criterios para ayudar a valorar la abusividad de una cláusula, criterios similares a los ya vistos en líneas anteriores y que se concretan en la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del mismo y el resto de cláusulas contractuales o cualquier otro contrato del que dependa.

Así las cosas, podemos concluir que se sujeta al control de contenido, por tanto, toda cláusula no negociada individualmente, con independencia de que se incorpore a una pluralidad de contratos o a uno solo en particular<sup>435</sup>. La cláusula general de abusividad sigue una fórmula parecida en parte a la que ya hemos visto en los Principios Acquis y el DCFR<sup>436</sup>. Las buenas prácticas comerciales y la buena fe son los dos parámetros a evaluar, con ayuda de los criterios que se aportan y que, al contrario del DCFR, no incluyen ninguna mención a la transparencia de las cláusulas. Esto es, posiblemente, para mantener la coherencia con el hecho de que en el control de incorporación en contratos entre empresarios solo consta del deber de cognoscibilidad pero no de un deber de redacción y comunicación sencilla y comprensible.

Se ha dicho del CESL que es una norma basada en el principio de protección de la parte compradora débil, imponiendo para ello normas imperativas defensoras de su interés. Aunque esto se ve claramente en la protección de los consumidores, también se contempla al empresario como posible sujeto a tutelar. Y no solo en las cláusulas predispuestas. Fuera de las cláusulas no negociadas individualmente, en este sentido, el art. 23 de la propuesta de normativa común impone expresamente al empresario que contrate con otro comerciante el deber de proporcionar información precontractual relativa a los bienes y servicios

---

<sup>435</sup> Y, además, que no se trate de la definición del objeto principal del contrato ni de la adecuación del precio que deba pagarse (art. 80.3).

<sup>436</sup> Aunque, como se ha señalado, a diferencia del DCFR, que se refiere solo a las condiciones generales de la contratación, el CESL rige para toda cláusula no negociada individualmente, con independencia de que se haya formulado para su integración en una o en más transacciones.

relacionados, variando la intensidad de esta exigencia en función de variables como los conocimientos especializados del suministrador, el coste, importancia y naturaleza de la información, las buenas prácticas o la facilidad de acceso a la información por el otro contratante<sup>437</sup>. Del mismo modo, también es el empresario sujeto a tutelar respecto de las cláusulas abusivas respecto al pago de intereses de demora, incorporando en el texto (arts. 168 – 171) la regulación de la morosidad en las operaciones comerciales.

Ciertamente, de todo lo que aquí hemos expuesto queda patente que en los textos de Derecho europeo de contratos más relevantes en la actualidad existe la conciencia de la necesidad de proteger determinadas situaciones en los negocios jurídicos concluidos entre profesionales, en especial, cuando lo son mediante condiciones generales de la contratación, sin que en exclusiva sea merecedor de esta tutela el consumidor. En cualquier caso, y aunque aquí se han expuesto las líneas generales del control en los supuestos de contratación con déficit de autonomía de la voluntad, no serán estas las únicas referencias a los textos de Derecho europeo de contratos a lo largo del trabajo, ya sea para profundizar en algún aspecto ya apuntado, ya para introducir alguno nuevo. A modo de ejemplo, también estos proyectos contienen reglas de interpretación específicas para la contratación mediante condiciones generales -como la prevalencia de las condiciones negociadas frente a las que no lo han sido o la tan importante *contra proferentem*-, a las que haremos alusión, así como normas para la tarea de integración del contrato, figura que tendrá un papel relevante en esta líneas.

Comprobaremos en el siguiente capítulo que el régimen jurídico español vigente de las condiciones generales difiere en muchos aspectos de las tendencias de Derecho europeo aquí reseñadas. Sin embargo, de cara al futuro, se puede afirmar que estos textos sí que se han convertido en un importante referente en la medida en que han sido tomados en cuenta por la Comisión General de Codificación para la elaboración de su Propuesta de

---

<sup>437</sup> “1. Antes de la celebración de un contrato de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales o de prestación de servicios relacionados por un comerciante a otro comerciante, el proveedor tendrá la obligación de revelar por cualquier medio adecuado al otro comerciante cualquier información relativa a las características principales de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados que se hayan de suministrar que viera o pudiera esperarse que tuviera y que fuera contrario a la buena fe contractual no revelar a la otra parte. 2. Para determinar si el apartado 1 exige que el suministrador revele cualquier información, deberán considerarse todas las circunstancias y, en especial: a) si el suministrador tenía conocimientos especializados en la materia; b) el coste que supone para el suministrador obtener la información pertinente; c) la facilidad con la que el otro comerciante podría haber obtenido la información por otros medios; d) la naturaleza de la información; e) la importancia que probablemente tenía dicha información para el otro comerciante; y f) las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión”.

Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en lo que a condiciones generales se refiere, al menos en la Sección de Derecho civil<sup>438</sup>.

---

<sup>438</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15 – 25.

**CAPÍTULO III****EL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

---

**I. EVOLUCIÓN NORMATIVA**

En nuestro ordenamiento jurídico, la primera regulación legal de las condiciones generales, con carácter general y sin referirse a un tipo concreto de contrato<sup>439</sup>, es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, norma que pretende dar cumplimiento al mandato del legislador constitucional del art. 51 de la Constitución española que carga sobre los poderes públicos la tarea de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. Uno de los ámbitos en los que se centra, es, precisamente, las cláusulas no negociadas individualmente aunque, como ha manifestado la doctrina, con una técnica legislativa no muy lograda y algo confusa<sup>440</sup>. Aun así, en los arts. 10 y 10bis se concentran una serie de precisiones que recuerdan desordenadamente a lo que en el futuro serán los controles de incorporación, de contenido y alguna otra norma específica en contratación mediante condiciones generales.

A tal efecto, el art. 10.1.a) exige “concreción, claridad y sencillez en la redacción” respecto de determinadas cláusulas, con la obligación de incluir en el texto referencias expresas a ellas. A la vez, estas cláusulas han de cumplir con el requisito de “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas” (art. 10.1.c)). La definición de estas “cláusulas abusivas” es un tanto similar, entendiendo por tales “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (art. 10bis.1). A estas pinceladas sobre la norma podemos sumar la incorporación de la regla de interpretación *contra proferentem*, contenida en el art. 10.2 del texto: “cuando se ejerciten acciones individuales,

---

<sup>439</sup> Precedente en el tiempo es la Ley del Contrato de seguro de 1980, de la que nos ocuparemos más tarde, en el epígrafe correspondiente a la legislación sectorial vinculada con las condiciones generales.

<sup>440</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 50; Díez-PICAZO, L., “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 68.

*en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”.*

En cualquier caso, su ámbito de aplicación estaba limitado a los contratos con consumidores, de tal modo que la contratación entre profesionales mediante condiciones generales seguía careciendo de regulación específica.

Así las cosas, se aprueba en 1993 la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con el propósito, entre otros, de homogeneizar las legislaciones de consumo de los distintos Estados, para garantizar una mínima y uniforme protección a todos los consumidores del mercado común europeo. Con un control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente (*“en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”*, art. 5) y un control de contenido basado de forma principal en una cláusula general de abusividad (*“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*), se completa el régimen con una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (anexo). Régimen cuyo ámbito de aplicación vuelve a estar restringido a los contratos entre un empresario y un consumidor (art. 1).

De las diferentes formas de transponer la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, se opta por su incorporación en una nueva ley de condiciones generales de la contratación<sup>441</sup>. Se publica así, para cumplir con el mandato de la norma comunitaria, la Ley 1/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación. Este texto, sin embargo, no surge de la

---

<sup>441</sup> En el Dictamen del Consejo de Estado 2939/1996, de 31 de octubre, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para defensa de los consumidores y usuarios, se argumenta del siguiente modo: *“La memoria explicativa del anteproyecto consultado, al analizar las “alternativas para la transposición” de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, observaba la existencia de dos posibles vías de incorporación de la misma al ordenamiento español: a) elaborar una ley especial, transponiendo literalmente la Directiva, y b) modificar la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. A ellas habría que añadir una tercera posibilidad, apuntada en diversos informes como la más adecuada, cual sería su incorporación a una Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. Esta última vía, seguida en Alemania y Portugal, sería sin duda la más idónea desde un punto de vista conceptual. La mejor vía para la transposición de la Directiva sería pensar en un Anteproyecto de Ley de condiciones Generales de la Contratación. Se puede perder con la opción escogida una gran oportunidad de contar con una Ley de condiciones generales de la contratación como la que tienen tantos otros países: Italia (Codice civile), Israel, Suecia, Alemania, Inglaterra, etc.; y en definitiva la propia Directiva que se trata de transponer no es otra cosa que una disposición sobre condiciones generales de la contratación”*.

noche a la mañana sino que es el resultado de un largo *iter* legislativo en el que se pueden identificar varios Borradores y Anteproyectos –aunque, paradójicamente, en la fase final la Ley se acabara aprobando por un procedimiento de urgencia-<sup>442</sup>. De hecho, el primer Borrador de la norma data de 1979 apareciendo, tras un segundo Borrador en 1982, el primer Anteproyecto de la Ley en 1983, elaborado por la Comisión General de la Codificación y publicado un año después, en 1984, por el Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Se redacta en 1987 una nueva versión de este Anteproyecto (pretendiendo adaptarlo a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya publicada por aquel entonces), que se difunde como “Propuesta de Anteproyecto” en 1988. Hubo que esperar a 1992 para ver publicado un tercer Anteproyecto<sup>443</sup> que, sin embargo, no tuvo mejor suerte que los anteriores, aunque sí que fue influyente para la preparación del Anteproyecto de la Ley sobre condiciones generales de la contratación de 1997, que daría lugar, finalmente, a la Ley tal y como la conocemos hoy. Sin embargo, antes de este texto de 1997 hubo todavía otro Anteproyecto de Ley más, el de 1996, elaborado directamente por el Ministerio de Justicia y que tuvo que ser retirado por las críticas que recibió<sup>444</sup>.

Pues bien, después de todos estos textos preparatorios de diferente corte y acometidos por diferentes órganos, como decíamos, presenta el Ministerio de Justicia un nuevo Anteproyecto en enero de 1997, al margen de la Comisión General de Codificación, que se convertirá en el Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación, aprobado por el Gobierno el 29 de agosto y publicado el 5 de septiembre del mismo año<sup>445</sup>. Tramitada por el procedimiento de urgencia, se aprueba definitivamente por el Pleno del Congreso de los Diputados la Ley de condiciones generales de la contratación el 26 de marzo de 1998<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> Una visión más profunda de los antecedentes y tramitación de la Ley de condiciones generales de la contratación en ALFARO AGUILA-REAL, J., “El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, año XVI, julio septiembre 1997, pp. 859 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El ámbito de aplicación de las normas...”, op. cit., pp. 1- 16; “Antecedentes de la Ley sobre condiciones...”, op. cit., pp. 75 – 107; POLO, E., “Apuntes críticos a la Ley...”, op. cit., pp. 261 - 348; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El proceso de elaboración de la disciplina...”, op. cit., pp. 49 - 59; Díez-PICAZO, L., “Condiciones generales de la contratación...”, op. cit., pp. 61 – 73; PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Dijusa, Madrid, 2004, pp. 44 y ss.

<sup>443</sup> De autor desconocido, por unos (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Antecedentes de la Ley...”, op. cit., p. 82); de la DGRN, por otros (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El proceso de elaboración de la disciplina...”, op. cit., p. 52; PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 52).

<sup>444</sup> Críticas a las que se suma un informe desfavorable del Consejo de Estado, de fecha 16 de mayo de 1997.

<sup>445</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 78-1, pp. 1 – 12.

<sup>446</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 78-11, pp. 121 – 133.

En lo que al ámbito de aplicación del control de contenido se refiere, y sin perjuicio de que posteriormente profundicemos en el contenido de los Anteproyectos así como en las enmiendas y tramitación del Proyecto, podemos adelantar que los tres textos prelegislativos de 1984, 1988 y 1992, concuerdan en sujetar a tutela a todos los adherentes, con independencia de su calidad de consumidores o empresarios. No es hasta el Anteproyecto de 1997 cuando, sorprendentemente, se da un giro a esta cuestión y se limita la protección frente a las cláusulas abusivas en la contratación mediante condiciones generales a los consumidores, dejando fuera del ámbito a los contratos entre empresarios. Aunque la Exposición de Motivos de forma confusa parece admitir la posibilidad de que existan cláusulas que se consideren abusivas en estos últimos contratos<sup>447</sup>, la realidad es que para ellos se mitiga el rigor del control material puesto que solo se ven sometidos a las leyes imperativas (art. 8.1<sup>448</sup>), es decir, a los controles generales de la autonomía de la voluntad, aplicables a todo tipo de contratos (art. 1255 Cc). Habrá oportunidad de profundizar en las motivaciones y argumentos que llevaron al legislador a este cambio respecto de los Anteproyectos iniciales. Para ello, nos remitimos al epígrafe en el que se razona la imposibilidad –a nuestro juicio- de aplicación analógica a los contratos entre empresarios del control de contenido previsto para los consumidores<sup>449</sup>.

Pese a las críticas que esta Ley recibe por parte de la doctrina en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo –así como en otros muchos aspectos-<sup>450</sup>, cualquier duda que pudiera sembrar la redacción de la Exposición de Motivos acerca de los contratos entre empresarios y el control de contenido queda despejada con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, norma que, de forma explícita, pone de

---

<sup>447</sup> “El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores [...]. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas. En este sentido, solo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley [...]” (EEMM, párrafos 6, 7 y 8).

<sup>448</sup> Art. 8 LCGC: “1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

<sup>449</sup> Vide infra, Segunda parte. Capítulo II.

<sup>450</sup> Véase nota al pie núm. 442.



manifiesto que su objetivo es la protección a los consumidores sin que tengan cabida en ella en ningún momento los contratos entre empresarios.

Como se aprecia, el legislador español se aparta de otros sistemas nacionales y opta por una regulación doble de la materia: por una parte, la referente a las condiciones generales de la contratación, mediante la LCGC; por otra, la regulación de las cláusulas no negociadas individualmente, limitada solo a los consumidores por el TRLGDCU. Nos centraremos en la primera puesto que es la que afecta a los contratos entre empresarios.

## II. LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN 7/1998 Y LOS CONTRATOS ENTRE EMPRESARIOS

De una primera lectura de la Exposición de Motivos de la LCGC, queda claro que su objetivo es proteger los legítimos intereses, no solo de los consumidores y usuarios, sino *“también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”*. Todo ello, por la necesidad de proteger la igualdad de los contratantes como *“presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales”* e imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica<sup>451</sup>. En las líneas siguientes veremos en qué sentido y en qué supuestos se establece dicha protección.

El texto legislativo tiene la misma estructura que se espera de una ley de condiciones generales: delimitación del ámbito objetivo con la definición del concepto *“condiciones generales de la contratación”* (art. 1), requisitos para la incorporación de esas condiciones generales (arts. 5 y 7), control de contenido mediante la nulidad de aquellas cláusulas abusivas (art. 8) y reglas de interpretación específicas (art. 6). Ciertamente, con carácter previo a una visión global del régimen de las condiciones generales de la contratación, es obligado hacer referencia al concepto en sí mismo. El art. 1 de la norma las define del siguiente modo:

*“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de*

---

<sup>451</sup> EEMM, párr. 3º.

*esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.*

Como ya adelantamos en la primera parte del Capítulo así como al hilo de los Textos europeos de Derecho de contratos, los rasgos que se pueden deducir de esta definición de las condiciones generales son la contractualidad, la predisposición, la imposición por una de las partes y la generalidad, es decir, que tengan como destino una pluralidad de contratos<sup>452</sup>. Recordamos que, a los efectos de este trabajo, nos referiremos a contratos mediante condiciones generales también como contratos predispuestos o contratos de adhesión, siendo conscientes, sin embargo, de los matices que pueden presentar los diferentes conceptos.

De forma expresa el legislador evidencia el hecho de que la contratación mediante condiciones generales no es exclusiva de los contratos con consumidores, sino que puede darse también en las relaciones de profesionales entre sí. Muestra clara de ello es la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación general de la Ley: el art. 2 señala que abarcará “*los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente-*”, entendiendo por “*profesional*” toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de

---

<sup>452</sup> Acerca del concepto de condiciones generales de la contratación en la actualidad y de cada uno de los elementos, *vide* DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho civil*, abril – junio, 1961, p. 297; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op.cit., 2007, pp. 445 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición del contenido...”, op. cit., pp. 670 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Notas sobre el concepto de contrato de adhesión”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, año 13, octubre – diciembre 1994, pp. 1061 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 1121 y ss.; “Comentario al artículo 1”, en MENÉNDEZ A.; DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 100 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 230 y ss.; “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 1337 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., pp. 25 y ss.; MARÍN LÓPEZ, J. J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 124 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría...”, op. cit., pp. 82 y ss.; SERRANO ALONSO, E., “Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles; Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, pp. 4694 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, en CUÑAT EDO, V. (dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 77 y ss.; “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, pp. 56 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Libro II, Título II, Comentario a los artículos 80 a 89...”, op. cit., pp. 884 y ss.

Se ha tildado en ocasiones de irrelevante la distinción que se hace entre condición general y cláusula no negociada individualmente (de aplicación esta última en los contratos con consumidores) pues en la práctica los predisponentes suelen redactar los clausulados para utilizarlos en varios contratos y no en uno concreto con un solo consumidor, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., p. 30; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., pp. 104 – 105; EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (et al.), “El marco común de referencia...”, op. cit., p. 125.

su actividad profesional o empresarial, pública o privada y pudiendo ser “*adherente*” también un profesional, actúe o no en el marco de su actividad.

*Prima facie*, se trata de proteger a todo adherente de los riesgos que conlleva este proceso de formación contractual carente de una verdadera negociación. Sin embargo, como ya sabemos, esta afirmación no es del todo exacta pues la posición del adherente consumidor es distinta de la del adherente empresario. La protección específica que dispensa la LCGC a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios se puede resumir en el sometimiento a un control de incorporación y a una serie de reglas hermenéuticas especiales para este tipo de contratación pues el contenido de las cláusulas solo tiene relevancia si contraría una norma imperativa o prohibitiva general. Vayamos por partes.

### 1. El control de incorporación recogido en los artículos 5 y 7 LCGC

Para que las condiciones generales del contrato formen parte del mismo, la norma exige que pasen un primer control que, precisamente, se denomina control de incorporación o de inclusión<sup>453</sup>. En la LCGC se regulan los elementos de esta pieza clave de todo sistema de condiciones generales en los arts. 5 y 7, generando alguna duplicidad e incoherencia<sup>454</sup> aunque, básicamente, se pueden identificar dos requisitos: el requisito de cognoscibilidad y el de transparencia en la redacción.

El primero persigue que el adherente haya tenido la oportunidad de conocer las condiciones generales y por eso exige, por una parte, una referencia expresa a ellas en el texto del contrato y, por otra, que el predisponente facilite un ejemplar de las condiciones generales

---

<sup>453</sup> Las funciones que se han atribuido a este control son variadas. Se ha considerado el control como condiciones para que la adhesión se convierta en consentimiento (PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos”, en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 281 – 282). También se ha justificado con una función de publicidad de las condiciones generales, en el sentido de que el adherente pueda conocer que el contrato está regulado por condiciones generales y cuáles son en el momento de celebración del contrato, y de poder tener acceso al contenido de esas cláusulas en la fase de ejecución del mismo (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 192 y ss.; DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7...”, op. cit., pp. 274 – 275). Para PAGADOR LÓPEZ, J., en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 226; “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 1349 – 1350, sin embargo, su función es simplemente “*preservar el último reducto de contractualidad*” de las condiciones generales al garantizar al menos que el adherente pueda conocer el contenido del contrato que le vincula.

<sup>454</sup> Por todos, DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7...”, op. cit., pp. 269 – 270.

al adherente así como su aceptación por este último (arts. 5.1 y 7.b), exigencias que se relajan en el caso de contratos orales (art. 5.3)<sup>455</sup>.

Por su parte, el legislador exige también que las cláusulas sean transparentes. Lo hace de forma positiva, a través del art. 5.5 haciendo alusión a una redacción que se ajuste a los criterios de “*transparencia, claridad, concreción y sencillez*” y de forma negativa, en el art. 7.b al entender no incorporadas aquellas cláusulas “*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*”, salvo aceptación expresa y por escrito del adherente<sup>456</sup>. Resulta indubitado que la posibilidad formal de conocer el contenido de las condiciones generales devendría inútil si el adherente no puede realmente comprenderlas por estar redactadas de una manera totalmente confusa o abigarrada.

Como hemos señalado en las líneas anteriores, los requisitos de inclusión son de aplicación a los contratos mediante condiciones generales, con independencia de la naturaleza del adherente. Consumidores y empresarios se ven protegidos por este filtro obligatorio para que las cláusulas formen parte del contrato. Y lo hacen sin diferencias en la regulación, es decir, sin que el nivel de tutela sea más intenso para los consumidores que para los empresarios adherentes.

---

<sup>455</sup> Art. 5: “1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. 3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. 4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”. Hay que matizar que la reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se reforma el TRLGDCU, en virtud de su Disposición Derogatoria Única, apartado segundo, ha derogado, sin embargo, el art. 5.4, referido a las especialidades en el caso de la contratación telefónica o electrónica.

<sup>456</sup> El artículo reza del siguiente modo: “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”. El sinsentido que supone que la aceptación por el adherente de una cláusula predispuesta que sea incomprensible corrija esta imposibilidad de interpretar y que una cláusula así pueda ser compatible con la normativa específica y, finalmente, incorporarse al contrato, es explicado por DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 6”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 225 – 226. Según la autora, esta situación se debe a un error material en la tramitación parlamentaria del Proyecto. Así, parece que inicialmente la posibilidad de ratificación de las cláusulas era referida a las oscuras y fue un cambio de orden en la enumeración lo que altera el tipo de cláusulas a las que se refiere la excepción del art. 7.b LCGC (por otra parte, esto encajaría con la interpretación de “oscuridad” que defiende esta autora respecto de la “oscuridad” del criterio *contra proferentem*, para lo que nos remitimos al pie de página núm. 502).

Ahora bien, esta no es la única solución posible. Encontramos un ejemplo en los propios antecedentes de la LCGC, concretamente en el Anteproyecto de 1984. Intentando tener en cuenta las peculiaridades del tráfico entre empresarios, este texto prelegislativo establecía que se presumirían incluidas en los contratos entre empresarios, aunque no existiera una referencia expresa, aquellas condiciones generales de la contratación utilizadas habitualmente en el ámbito de la actividad a que aquellos se dedicaran<sup>457</sup>. Más recientemente, también un ejemplo de un régimen diferenciado son los Principios Acquis y, en menor medida, el DCFR. Así, en el primer caso, la regla de que el predisponente debe tomar las medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento de las condiciones generales, se aplica a todo contrato. Sin embargo, los consumidores se ven beneficiados por una peculiaridad añadida, y es que no les vinculan aquellas cláusulas que no han tenido “*oportunidad real de conocer*” (art. 6:201 (1) y (4)). De esta forma, los criterios de incorporación son diferentes y más estrictos que en el supuesto de la contratación mercantil. En cuanto al DCFR, la diferencia en el régimen legal del control de incorporación se sitúa en las cláusulas no transparentes. En el caso de los consumidores pueden ser consideradas, solo por este motivo, abusivas, abandonando aquí el ámbito del control de inclusión en beneficio del de contenido (art. II.-9:402(2))<sup>458</sup>.

Del mismo modo, si recordamos los modelos de Derecho comparado, y más allá del ejemplo de la normativa alemana –que excluye directamente del control de incorporación a los contratos entre empresarios-, el art. 5 de la *Lei de cláusulas contratuais gerais* portuguesa sigue una fórmula relativamente parecida a la que han utilizado estos textos de Derecho europeo: si bien es igual el control para todo adherente, éste se configura en términos más flexibles y adaptables a cada contrato y sujeto, puesto que exige una comunicación que permita el conocimiento efectivo a través de un “*modo adecuado*”, en función de la extensión y complejidad de las cláusulas y aludiendo también a la diligencia del adherente –que, se entiende, en el caso del profesional tendrá que ser mayor-.

La valoración que ha hecho parte de la doctrina de esta equiparación del control de incorporación en contratos con consumidores y contratos entre empresarios en la LCGC no ha sido favorable<sup>459</sup>. Para empezar, porque la contribución real del control de incorporación para garantizar un contenido contractual razonable es reducida. Solo hay que pensar que, casi por definición y como se razonó en la primera parte de este trabajo, el adherente no se

<sup>457</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Antecedentes de la Ley sobre condiciones generales..., op. cit., p. 87.

<sup>458</sup> Acerca del control de incorporación en los textos de Derecho europeo de contratos, véase Primera parte. Capítulo II. II. 1.1.

<sup>459</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I, “Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 145 – 146; DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7...”, op. cit., pp. 273 – 274, 293, 299; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 120 y ss.

fija en las condiciones generales al contratar ante la imposibilidad de poder influir en su contenido. Sabiendo esto, que no se leen, que no influyen en la decisión de contratar o no hacerlo, es cuestionable pensar que se trate de un control real el hecho de obligar al predisponente a entregar un formulario al adherente, que debe firmarlo. Lo importante es el control de contenido. Pues bien, así conceptualizado, la contratación entre empresarios se ve en la peor de las composiciones de lugar posibles: sujeta a una serie de estrictos requisitos de incorporación con la misma intensidad de protección que en el caso de que el adherente fuera un consumidor –y con poca repercusión práctica- pero sin incluirse en el ámbito de aplicación de un control material que es el único que realmente puede garantizar la justicia del contrato<sup>460</sup>.

Hubiera sido preferible unos requisitos de inclusión que tuvieran en cuenta las peculiaridades del tráfico mercantil, caracterizado por la necesidad de una cierta celeridad en la contratación, la existencia de usos y costumbres o la abundancia de vínculos empresariales duraderos que destacan por la ausencia de formalismos. Es sabido que, en la práctica, no se cumple con muchos de estos pasos por ser la forma de negociar y concluir los contratos entre empresarios poco conciliable, en cierta medida, con entregar formularios de condiciones generales, advertir sobre ellos o conseguir la aceptación expresa mediante firma del adherente. Máxime cuando en muchos casos el vínculo contractual entre ambos profesionales se va ampliando en el tiempo y está basado en una relación de confianza. Tener en cuenta todas estas exigencias sin flexibilidad alguna conllevaría un aumento de costes. Y también de litigiosidad, aunque no precisamente con el propósito de defender la postura del adherente parte débil de la relación sino intentando invalidar contratos que no

---

<sup>460</sup> Coincidimos con ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 122, al afirmar que es erróneo pensar que a mayor control de incorporación, menor control de contenido. A nuestro entender, la relación entre ambos controles quizás pueda plantearse así en el sentido inverso, es decir, si existe un control de contenido que asegure la nulidad de las cláusulas que sean abusivas, tendrá menos relevancia el de incorporación porque, aun superando una cláusula abusiva este último, podría declararse su ineficacia en una fase posterior por su carácter desequilibrado. Sin embargo, pensamos que no ocurre lo mismo al contrario: en general, por mucho que exista un control de incorporación riguroso, dado que la conducta eficiente en las condiciones generales para el adherente es su no lectura, el hecho de que el legislador obligue a que las cláusulas sean cognoscibles no garantiza que no se incorporen y, por tanto, que no exista un contenido abusivo. Ambos controles tienen funciones distintas y nos parece claro que, en las situaciones en las que está justificado un control, el realmente relevante es el de contenido. Cuestión distinta es que se trate de un elemento no susceptible de ser controlado, como los elementos esenciales. En ese caso, evidentemente, cobra importancia la posibilidad de conocer y entender las cláusulas (al respecto de lo afirmado por MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 449, nota al pie núm. 56 y ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 122, nota al pie núm. 168).

interesan, recurriendo a defectos meramente formales como la falta de una firma o que no se hizo referencia expresa a una cláusula en el contrato<sup>461</sup>.

Este tipo de prácticas son puestas de relieve con frecuencia por la jurisprudencia. Ejemplo de ello es la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de octubre de 2005 [JUR\2005\273951]. Respecto de un contrato de suministro, da cuenta de la existencia indubitada de relaciones comerciales prolongadas en el tiempo en las que no se observaba un estricto rigor a la hora de documentar los pedidos. Tiene en cuenta el órgano jurisdiccional, por tanto, la laxitud documental por la que venían presididas las relaciones comerciales entre las partes en aras a una mayor agilidad en la contratación. Lo mismo ocurre en la SAP Córdoba de 21 de enero de 2003 [AC\2003\179] que, conociendo de un contrato de suministro mercantil, hace referencia a las especiales características del tráfico mercantil, rapidez y masificación, que comportan que la contratación tenga que ser ágil y haya de prevalecer el antiformalismo y la buena fe en su génesis, cumplimiento y ejecución. Es habitual, señala, que en la contratación mercantil, sobre todo de compraventa y suministro, las partes no firmen ningún documento en el que se plasme la celebración del negocio jurídico sino que, tras la entrega de la cosa vendida, que podrá o no dejarse plasmada en un albarán, el vendedor procede a emitir una factura que será pagada por el comprador en un momento posterior, implicando este sistema un ahorro de tiempo y costes para todos. Incluso la SAP Soria de 13 de enero de 2003

---

<sup>461</sup> Y siendo difícil el arreglo para corregir esta desviación, según ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 139. Este mismo autor, en el estudio del control de incorporación en las relaciones entre empresarios, recoge una serie de prácticas comerciales que pueden entrar en colisión, de alguna forma, con las exigencias de la LCGC. Entre otras, hace alusión a la inclusión de la cláusula de conformidad en algunos contratos, cláusula con la que se pretende dejar constancia de la confirmación de las condiciones generales por parte del adherente, sin que esté claro que asegure el conocimiento de las mismas. También alude a la remisión en la factura u hoja de suministro a unas condiciones generales del contrato que no aparecen en estos documentos que se firman o a la remisión en el contrato a condiciones generales elaboradas por la asociación de empresarios de la que forman parte los dos contratantes, como formas de agilización en el tráfico jurídico, especialmente en el caso de relaciones duraderas (pp. 128 y ss.).

En este último sentido, un ejemplo puede ser la práctica habitual en el caso del contrato de handling, negocio jurídico mercantil, generalmente de adhesión, en el que el predisponente recurre a un modelo de condiciones generales estandarizado a nivel internacional (Standard Ground Handling Agreement, SGHA) y elaborado por la IATA. El contenido del contrato se fija en su mayor parte por remisión a estas condiciones generales lo que no ha obstado para que se encuentren incluidas las distintas cláusulas ya que “*la referencia a la aplicación de la regulación del contrato normalizado de asistencia en tierra [...] publicado por IATA es clara y terminante, con el mismo valor que tendría si se hubiese reproducido en su totalidad en este documento. Las contratantes son compañías aéreas, ambas con un potencial económico que les permite desarrollar sus actividades comerciales y a ambas cabe suponerlas debidamente asesoradas jurídicamente en aquellas transacciones necesarias para la debida explotación de sus industrias. El Contrato Normalizado de Asistencia en Tierra de abril de 1993, publicado por IATA no podía resultarle desconocido a ninguna de las dos compañías*” (SAP de Madrid, de 30 de septiembre de 2002 [JUR\2003\23128]). La misma idea repite el mismo órgano jurisdiccional en su sentencia de 14 de mayo de 2004 [AC\2004\1720] respecto al mismo contrato: “*La actora tampoco puede alegar que desconocía el contenido del mismo, por cuanto ha de destacarse que Lufthansa es una empresa conocida en el ámbito de la aviación y que desde hace años se dedica al transporte aéreo, habiendo sido dicho contrato al que se adhiere publicado por la IATA*”. Señalando el carácter profesional de las partes y su especialización en un mercado concreto, ARIAS VARONA, F. J., “La asistencia en tierra en los aeropuertos (“Handling”) y la responsabilidad del prestador del servicio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 271, enero – marzo, 2009, pp. 162 – 163.

[JUR\2003\75414], ante un contrato de obra con suministro de materiales, da por válida la aceptación tácita de las condiciones generales<sup>462</sup>.

Esta informalidad documental de las relaciones comerciales, especialmente las duraderas, no ha pasado desapercibida en otros ámbitos normativos. Así, por ejemplo, y aunque no esté relacionado con las condiciones generales, es demostrativo de la asunción de las peculiaridades formales que rigen en el tráfico mercantil el hecho de que los instrumentos que documentan habitualmente los créditos y deudas en las relaciones comerciales –facturas, albaranes, etc.- sean tenidos en cuenta para poder reclamar deudas a través del proceso monitorio. El art. 812 Lec, en este sentido, reconoce dicha aptitud a las facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en las relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor, haciendo una especial referencia en el caso de que se acredite una relación comercial anterior duradera<sup>463</sup>.

Dada esta situación, DURANY PICH plantea una forma de conseguir esa flexibilización necesaria de las reglas de incorporación en los contratos mediante condiciones generales, que pasa por “llevar el máximo posible de contratos entre profesionales al supuesto de la contratación oral” para evitarles la rigidez de los requisitos del art. 5.1 LCGC y situarlos en el art. 5.3 LCGC, que no exige la entrega y firma del adherente sino solo garantizarle la posibilidad efectiva de conocer la existencia y contenido del clausulado. De este modo, cuando el apartado 3 del art. 5, regula el supuesto de hecho “cuando el contrato no deba formalizarse por escrito”, el citado autor aboga por entender que se refiere a todos los contratos en los que la forma no es un elemento esencial, ampliando enormemente de este modo el campo de actuación del art. 5.3 y reduciendo considerablemente el del 5.1, que

---

<sup>462</sup> “Ninguna duda cabe de que la obligación de asumir la dirección técnica por parte de la entidad contratista aparece reflejada en las condiciones generales remitidas como anexo a sus órdenes de pedido por [el comitente]. Es cierto que la entidad contratista ha negado reiteradamente haber aceptado el contenido de las condiciones generales remitidas como anexo a las órdenes de pedido y que el ejemplar de dichas condiciones aportado por la parte demandada-reconviniente no aparece firmado por el representante de la entidad [contratista], pero ello no implica necesariamente que no se hubiese producido una aceptación tácita de dichas condiciones generales por la parte de la sociedad comitente. En este sentido ha de señalarse que la aceptación de las condiciones generales del anexo por parte de [el contratista] se deduce claramente del hecho de que este anexo se hubiese remitido junto con las órdenes de pedido de [el comitente], que fueron atendidas por la entidad contratista sin indicar su falta de aceptación de las condiciones en que dicho pedido se había realizado [...]”.

<sup>463</sup> GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Comentario al artículo 812”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. (coords.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Iurgium; Atelier, Barcelona, 2000, pp. 3797 – 3820; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Comentario al artículo 812”, VVAA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 1353 – 1359; ARMENTA DEU, T., “Del proceso monitorio”, en VVAA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 911 – 932.



quedaría restringido a los contratos en los que la forma es requisito de validez –pocos, dado el principio espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico-<sup>464</sup>.

En contra de esta posición se sitúa ALBIEZ DOHRMANN, que no ve la posibilidad de diferenciar, con el texto legal vigente en mano y mediante una interpretación del art. 5 LCGC, reglas aplicables a los contratos entre empresarios respecto del régimen general de incorporación. Atribuyéndole al art. 5.3 el sentido anteriormente explicado, pasaría a ser la regla general y el art. 5.1 la especial, en el sentido de que la mayoría de los supuestos encajarían en el tercer apartado, quedando limitado el primero a poco más que la contratación con consumidores. Sin embargo, la norma general respecto al control de incorporación es el art. 5.1 y no al revés. Además, tradicionalmente se ha entendido que la referencia a la no formalización del contrato por escrito del art. 5.3 está hecha en alusión a los contratos orales. En este sentido, el autor califica de *contra legem* la interpretación del art. 5.3 LCGC que permitiría diferenciar el régimen de control de incorporación entre adherente profesional y adherente consumidor<sup>465</sup>.

Por nuestra parte, y aunque es cierto que entender de aplicación el tercer punto del art. 5 a todos los contratos que no requieren la forma escrita como requisito *ad solemnitatem*, sean orales o no, permitiría flexibilizar las normas de inclusión en el caso de la mayor parte de los contratos entre empresarios, la lectura conjunta de ese artículo y la Exposición de Motivos de la LCGC nos hace inclinarnos más en contra de esa solución. Así, el párrafo 6º resulta meridiano en este sentido:

*“En uno y en otro caso [en las relaciones entre profesionales así como en las de éstos con consumidores] se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o –en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez”.*

De aquí se desprenden dos ideas. Por una parte, que la intención del legislador ha sido claramente estipular un régimen único para todos los contratos sin tener en cuenta la naturaleza del adherente (“*en uno y en otro caso*”). Por otra, que, efectivamente, la contratación a la que se refiere el art. 5.3 es la contratación oral puesto que el requisito

<sup>464</sup> DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7...”, op. cit., pp. 274, 293, 299. En este sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., “Requisitos de incorporación...”, op. cit., pp. 243 – 244, entiende de aplicación este apartado cuando los requisitos establecidos por el apartado 1º resulten desproporcionados en consideración a la forma o circunstancias del contrato. Por su parte, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 5...”, op. cit., pp. 152 – 153, aboga por entender de aplicación el actual 5.3 a los contratos que no deben formalizarse por escrito por ser supuestos de forma escrita *ad solemnitatem* así como a aquellos en los que la buena fe no exige la documentación del contrato, según interpretación de los arts. 1279 y 1280 Cc.

<sup>465</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 138.

simplificado de la mera posibilidad real de conocimiento (el del art. 5.3), se vincula con los contratos no escritos (“*en ciertos casos de contratación no escrita*”, reza la EEMM). Por lo tanto, el argumento de DURANY PICH a favor de entender que muchos de los contratos documentados por escrito podrían evitar las reglas de inclusión del art. 5.1 y pasarse a las de 5.3 alegando que “*el contrato fue documentado por escrito pero que no existía ninguna obligación de hacerlo así (no debía formalizarse por escrito)*”<sup>466</sup>, nos parece que no cuadra con que el legislador asocie la regla de la mera posibilidad de ser conocidas con la contratación no escrita. Esa regla simplificada podrá ser de aplicación, efectivamente, a una buena parte de los contratos: todos los que *de facto* sean orales, que realmente serán todos aquellos que, respetando el límite de forma escrita como elemento esencial, tradicionalmente se celebren de manera oral pero también aquellos que las partes quieran celebrar oralmente aunque no sea lo habitual. Sin embargo, un contrato celebrado por escrito –aun pudiéndose haber celebrado oralmente porque la forma escrita no *es ad solemnitatem*– tendrá que regularse por los requisitos del art. 5.1 LCGC.

Cambiando de tema, no podemos cerrar este epígrafe sin hacer referencia a las denominadas cláusulas sorprendentes<sup>467</sup>. Tomando la redacción que se utilizó en el Proyecto de LCGC para recoger esta figura –que llevaba asociada la sanción de no incorporación–, las cláusulas sorprendentes serían aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia (art. 5.c del Proyecto). Contra todo pronóstico, en la tramitación parlamentaria se eliminó la mención a las cláusulas sorprendentes, que habían formado parte también de los Anteproyectos, alegando la inseguridad jurídica que podía acarrear esta figura<sup>468</sup>.

Las cláusulas sorprendentes, como ha puesto en evidencia la doctrina, no dejan de ser un reconocimiento legal a la idea de que el comportamiento típico del adherente es el de no leerse las cláusulas; de ahí que se le proteja frente a aquellas que puedan resultar

---

<sup>466</sup> DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7...”, op. cit., p. 299.

<sup>467</sup> Sobre su origen, ver la protección en la contratación mediante condiciones generales en el ordenamiento jurídico alemán (Primera parte. Capítulo II. I. 4)

<sup>468</sup> Críticas ante esta supresión, véase DURANY PICH, S., Comentario a los artículos 5..., op. cit., p. 321; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Comentario al artículo 6. No incorporación, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 256; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., p. 1364.

Sobre la tramitación, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 61 y ss.

inesperadas, en un contrato y unas circunstancias concretas<sup>469</sup>. Porque no hay un catálogo cerrado de cláusulas sorprendentes sino que su calificación como tales depende de diversos factores. Así, por ejemplo, una cláusula puede causar sorpresa en un contrato concreto y ser habitual, sin embargo, en otro. Los acuerdos particulares de las partes pueden convertir en inesperada una cláusula por no responder a las expectativas que el adherente se había legítimamente formado tras ellos y generar el efecto contrario en otro caso<sup>470</sup>. Aun así, se pueden identificar ciertas cláusulas que podrán ser calificadas de sorprendentes en casi todas las ocasiones, como aquellas que no obliguen a respetar los acuerdos alcanzados por los representantes o mandatarios o aquellas que supediten los compromisos adquiridos al cumplimiento de determinadas formalidades<sup>471</sup>.

La protección que otorga la regla de las cláusulas sorprendentes frente a aquellos pactos que un “adherente medio”, según el contexto, no podría razonablemente esperar que estuvieran incluidos en el contrato, si bien no está expresamente sancionada por el legislador, está vinculada con el fundamento de ciertas normas puntuales en diversas sedes. Es el caso del art. 3 Ley de contrato de seguro (LCS) y el régimen de las cláusulas limitativas y lesivas. A tal efecto, la ley impone con carácter imperativo la obligación de resaltar especialmente las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, que tienen que ser expresamente aceptadas por el adherente. La idea que subyace no es otra que garantizar que el asegurado conoce el contenido de estas limitaciones que le perjudican. Pero todavía más representado está el concepto de cláusulas sorprendentes en la figura de las cláusulas lesivas. Así lo pone de manifiesto la STS de 17 de octubre de 2007 [RJ2007\6275], que vincula la lesividad de una cláusula con su carácter sorpresivo y, de ahí, declara su nulidad<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 243; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., p. 493.

<sup>470</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 258 y ss., clasifica en dos los criterios para determinar el carácter insólito de una cláusula: las circunstancias que rodean la celebración del contrato y su naturaleza. Dentro de las primeras incluye la publicidad y oferta contractuales, los tratos previos y la configuración y presentación del documento contractual. Como factores relevantes en relación con el tipo legal, la alteración de un elemento sustancial del tipo de contrato, cláusulas que atentan contra el carácter recíproco de las prestaciones o la autonomía del contrato, que sean extrañas al mismo o que alteren el precio pactado. Asimismo, PAGADOR LÓPEZ, J., “Requisitos de incorporación de las condiciones...”, op. cit., pp. 260 y ss.

<sup>471</sup> Estas cláusulas serán objeto un estudio individualizado en el Capítulo III de la Segunda parte, como un ejemplo de cláusulas que pueden ser contrarias al art. 1256 Cc (concretamente, I. 1.1.viii y ix) y también mencionadas en el siguiente epígrafe dedicado a las normas de interpretación de los contratos mediante condiciones generales.

<sup>472</sup> Se trata de una cláusula que altera el concepto habitual de una de las partidas contables a tener en cuenta para calcular indemnizaciones, ver pp. 194 y 198.

Lo interesante de la resolución es que califica el Tribunal de “*cláusula sorpresiva*” dicha condición “*según la construcción de la jurisprudencia alemana, en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente, cuya regla puede enunciarse en el sentido de que no se consideran incorporadas al contrato aquéllas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia; por consiguiente, se procura evitar que el tomador del seguro o el asegurado se encuentren sorprendidos a consecuencia de la adición por el predisponente de cláusulas cuya existencia no cabía que fuera esperada fundadamente por aquél*”<sup>473</sup>.

Por lo tanto, a pesar de la falta de acogida explícita en la LCGC y la LGDCU –y, ahora, en el TRLGDCU- de la regla de las cláusulas sorpresivas, se trata de una figura presente y a la que, a pesar de todo, se han encontrado apoyos en nuestro ordenamiento positivo. Así lo afirma el órgano jurisdiccional en la sentencia antes citada, identificando algunas “señales” en “*la Disposición Adicional primera de la Ley primeramente indicada*”, por una parte, y, por otra, en el hecho de que “*en el ámbito de la LCS dicha pauta late en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados, y la doctrina las ha configurado exclusiva y genéricamente dentro de dicho espacio*”<sup>474</sup>.

Del mismo modo se ha asociado la regla de las cláusulas sorprendentes con la regla de la prevalencia. A juicio de algún autor<sup>475</sup>, de hecho, la norma interpretativa no es sino una concreción del principio general que representa las cláusulas sorprendentes. Lo veremos a continuación en el epígrafe correspondiente a las normas interpretativas en la LCGC.

---

<sup>473</sup> En el mismo sentido, aplicando el art. 3 LCS, aunque en un contrato con un consumidor, SAP A Coruña, de 12 de diciembre de 2008 [JUR\2009\227209]: el órgano jurisdiccional califica de “*sorpresiva*” una cláusula que se aparta de la definición usual y jurídica de “*invalidéz total y permanente*”, de tal forma que capta clientela que se ve sorprendida después por la cobertura real del seguro en esas situaciones.

<sup>474</sup> También PAGADOR LÓPEZ, J., “*Condiciones generales y cláusulas abusivas...*”, op. cit., pp. 1365 – 1369, señala como indicios normativos de la acogida implícita de la figura de las cláusulas sorprendentes en nuestro ordenamiento jurídico, por una parte, algunos de los supuestos de la lista de cláusulas abusivas del TRLGDCU –véase las ya mencionadas cláusulas que limitan la vinculación de los pactos adquiridos con representantes o que exigen determinadas formalidades, las que permiten al predisponente modificar el precio final sin justificación objetiva y sin darle la posibilidad a la contraparte de actuar en consecuencia o las que imponen bienes o servicios complementarios no solicitados- u otras normas del mismo texto legal, como sería la integración de la publicidad en las obligaciones del predisponente. El art. 3 LCS es, además de un control de contenido, una prohibición de cláusulas sorprendentes, del mismo modo que la exigencia de transparencia respecto a los elementos esenciales del contrato se vincula con esta idea de mantener las expectativas razonables del adherente (asimismo, en PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 494 – 498; “*Requisitos de incorporación...*”, op. cit., pp. 257 – 259). También, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 245 – 249, concluyendo la viabilidad de incluir la regla de las cláusulas sorprendentes en el ordenamiento jurídico español “*sin fricciones*” (p. 249).

<sup>475</sup> Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 245, 253.

## 2. Reglas de interpretación: regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y *contra proferentem*

La tarea de la interpretación del contrato tiene como objetivo precisar el sentido de la declaración contractual común de las partes y atribuirle un alcance y unos efectos jurídicos. Sin embargo, en el caso de la contratación mediante condiciones generales hay que tener en cuenta una peculiaridad: en este tipo de contratos no existe, al menos estrictamente hablando, una voluntad común que averiguar en tanto en cuanto el clausulado es predispuesto por uno de los contratantes. Es por eso que, aunque son de aplicación supletoria los criterios generales de interpretación de los contratos recogidos en los arts. 1281 a 1289 Cc (a los que remite, a su vez, el art. 50 Ccom<sup>476</sup>)<sup>477</sup>, el artículo 6 LCGC señala dos reglas especiales: la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y la regla de interpretación *contra proferentem* de las cláusulas oscuras<sup>478</sup>.

De forma muy simplista, podría decirse que la interpretación se lleva a cabo sobre cláusulas que forman parte del contrato por lo que la hermenéutica es una tarea a realizar una vez que aquéllas han superado el control de incorporación. Por el otro lado, se trata de una fase previa al control material pues para determinar si una cláusula es abusiva o no, primero hay que saber a qué contenido hay que atender. A pesar de que puede parecer bastante lógica esta secuencia, no está exenta de dificultades y puntos en los que no es tan evidente la delimitación entre una etapa y otra<sup>479</sup>. No nos detendremos en ello pero basta esta breve mención para entender un problema que se tratará al hilo de la interpretación de los contratos mediante condiciones generales y que es el uso de la regla *contra proferentem* como una especie de control de contenido, más allá de su función originaria.

<sup>476</sup> Además de esta remisión a las normas del Código civil, el Código de comercio no tiene prácticamente menciones a reglas de interpretación más allá de hacer referencia al sentido recto, propio y usual de las palabras y a los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones (art. 57) y a una interpretación a favor del deudor, como cláusula de cierre (art. 59).

<sup>477</sup> La jurisprudencia ha señalado reiteradamente la aplicación de las normas generales de los contratos a los contratos de adhesión, SSTs 8 de marzo de 2000 [RJ\2000\1510], 20 noviembre 2003 [RJ\2003\8084], 17 octubre de 2007 [RJ\2008\11], SAP de A Coruña de 1 de diciembre de 2011 [JUR\2012\8480].

<sup>478</sup> De hecho, el propio art. 6 LCGC remite a las disposiciones del Código civil sobre interpretación de los contratos (apartado 3º). Pero, aunque no fuera así, serían igualmente de aplicación, con matices (EGEA FERNÁNDEZ, J., “Comentario al art. 6”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 416).

<sup>479</sup> Por todos, vide ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 285 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 452 y ss., 469 - 471.

## 2.1. La regla de la prevalencia

El art. 6.1 LCGC recoge el primero de los criterios interpretativos en contratos mediante condiciones generales: *“Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”*. La primera parte del precepto desarrolla lo que se conoce como la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales. El fundamento de esta regla es dar primacía a la autonomía de la voluntad. Como sabemos, la peculiar formación de los contratos mediante condiciones generales hace que el clausulado no sea una verdadera manifestación de la voluntad de los contratantes sino simplemente de la del predisponente. Por el contrario, se entiende que en un pacto particular hay una participación de ambas voluntades. De ahí que, en el caso de contradicción entre una condición general y una particular, tenga preferencia aquella que refleje de forma más fidedigna la autonomía privada, es decir, la condición particular<sup>480</sup>.

Mucho antes de la positivización de esta regla en nuestro ordenamiento es expresiva en este sentido la STS de 18 de enero de 1909<sup>481</sup>, acerca de la interpretación de una contradicción entre cláusulas impresas y otras manuscritas en una póliza, abogando ante la oposición por las de carácter especial que se adicionan a las de carácter general: *“Que esta cláusula, como singular y particularmente concertada para contrato determinado, es la que real y verdaderamente revela la deliberada y manifiesta voluntad de las partes, derogando o anulando de esta manera la consignada en las condiciones generales”*. Asimismo, la STS de 24 de febrero de 1944 resuelve en el mismo sentido porque, además de la regla de interpretación de *“la preferencia de lo especial o particular sobre lo general”*, también *“las*

---

<sup>480</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La interpretación de las condiciones generales de los contratos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 183 – 184, enero – junio, 1987, p. 30; *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 299 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, op. cit., pp. 460, 515 - 517; FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 361 – 362; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 444.

<sup>481</sup> Texto de la sentencia en Jurisprudencia civil, Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 118, núm. 1, enero y febrero 1909, pp. 210 – 221. En el supuesto de hecho, un entidad contrata un seguro para sus fábricas, almacenes, representaciones y subalternos. En las condiciones generales de la póliza se detalla que el seguro empieza a las doce horas del día siguiente en que la Compañía haya recibido del asegurado la primera prima. Sin embargo, en una condición especial firmada por las partes y que, según manifiestan, representa su verdadera voluntad, convienen que *“el seguro se contrata por diez años y cinco meses contados desde hoy a las doce del día mediante la prima detallada [...]”*. Teniendo lugar un incendio esa misma noche en una de las fábricas, el Tribunal entiende cubiertos los daños por el seguro pues la cláusula a aplicar no es la general sino la especial, según la cual el seguro ya estaba en vigor. Citada también por GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 200 y MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., “La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, julio – agosto, 1987, p. 1094.

*cláusulas especiales tienen precisamente por objeto alterar o aclarar el contenido en las condiciones comunes, sobreponiendo a éstas un sentido más concluyente y más concretamente adaptado al caso singular de que se trate*<sup>482</sup>.

Requisito es, por una parte, la existencia de una contradicción entre dos cláusulas, contradicción que no es necesario que sea total pero sí que haga incompatible la aplicación de las dos condiciones en el contrato<sup>483</sup>. Por otra parte, las cláusulas en conflicto deben tener distinta naturaleza, esto es, no cabe aplicar esta regla a una incoherencia entre dos condiciones generales o entre dos condiciones particulares, pues estaríamos ante supuestos diferentes que se resolverían por otros cauces<sup>484</sup>.

A diferencia de la regla de la interpretación *contra proferentem*, la regla de la prevalencia no es utilizada habitualmente por la jurisprudencia como criterio principal para fundamentar sus resoluciones<sup>485</sup>, ni antes<sup>486</sup> ni después de entrar en vigor la LCGC. Es

<sup>482</sup> Citada por GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 200.

<sup>483</sup> Por ejemplo, no se encontró contradicción alguna entre la condición general de un contrato de franquicia por el que se establecía un pacto de no competencia y una particular en la se fijaban una serie de penalizaciones específicas para el caso de que el franquiciado deseara resolver el contrato antes del plazo pactado, sin hacer ninguna referencia al pacto de no competencia. Se entiende que el pacto de no competencia está vigente y había de ser cumplido no siendo aplicable el art. 6 LCGC en cuanto a la regla de la prevalencia porque “entre este pacto y las condiciones particulares no existe contradicción alguna ya que, según se ha razonado, estas últimas regulan cuestiones independientes y diferentes, que no se oponen ni resultan incompatibles con ese pacto” (SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2007 [AC\2007\796]). Aunque no se aportan los datos suficientes, parece que tampoco hay contradicción entre las condiciones particulares y las generales en el contrato de seguro de maquinaria del que conoce la STS de 11 de abril de 1991 [RJ\1991\2684], resolución que citamos por su referencia a la relación entre ambos tipos de cláusulas y la tarea interpretativa en general: “el art. 1285 Cc impone como regla de oro para investigar y comprender la intencionalidad volitiva de los contratantes vertida en un contrato, la de la sistemática y coherente entre todo el clausulado del mismo, lo que no significa que esas Condiciones particulares no tengan cierta preeminencia sobre las Generales, pero que éstas, al no estar expresamente derogadas por aquéllas, aportan al negocio jurídico una fuente complementaria y hasta si se quiere subsidiaria pero con gran valor informativo de esa común voluntad que no es dable ignorar ni desconocer”.

<sup>484</sup> El caso de contradicción entre condiciones generales se puede subsumir dentro de lo que hemos denominado “batalla de formularios”, si se produce porque ambas partes han utilizado sus propios formularios predispuestos. Se puede dar, asimismo, una incoherencia entre dos condiciones generales en el mismo clausulado, optando algunos autores por la condición general que objetivamente tuviera más importancia (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 313 – 317), por la condición más favorable para el adherente (DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 6...”, op. cit., p. 208) o por la aplicación de las reglas generales de interpretación contractual, atendiendo a la que mejor recoja la intención común de los contratantes, criterios objetivos o, en su defecto, el recurso a la regla *contra proferentem* como cierre (FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., p. 377; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 445). Si las cláusulas que se contradicen son ambas particulares, habrá que recurrir a los criterios generales de interpretación de los contratos para intentar eliminar la incoherencia.

<sup>485</sup> Para ilustrar el funcionamiento de la regla, y ante la escasez de jurisprudencia que aplique claramente la norma, se incluyen dos resoluciones, a modo de ejemplo que no se refieren a negocios jurídicos entre empresarios. Se hace uso de ella, por ejemplo, en la SAP de Toledo de 4 de abril de 1992 [AC\1992\644], en un contrato de seguro de personas. Se aplica la regla de la prevalencia ante una contradicción en cuanto al momento en el que se entiende producida la suspensión de la cobertura del seguro por el impago de alguna de las primas. La contradicción existe entre las condiciones generales y las particulares, pactadas para el caso de domiciliación bancaria de los recibos. Tras interpretar favorablemente la oscuridad de esta cláusula particular (regla *contra proferentem*), se entiende más beneficiosa que las generales y, por tanto, con primacía sobre ellas: “De ahí que deba indagarse en la interpretación de lo incluido en las condiciones especiales o

citada normalmente junto con el criterio *contra proferentem* -que es el que acaba teniendo más relevancia- y/o el de incorporación, sin aplicarlo después de forma expresa o sin aclarar de forma exacta cuál ha sido el argumento principal<sup>487</sup>.

---

*particulares pues, si son más favorables para el asegurado, éstas primarán (regla de la prevalencia) sobre las generales*". Entendemos que se trata de una aplicación conjunta del principio de prevalencia, la excepción de la condición más beneficiosa y la regla *contra proferentem*, para determinar si la segunda entra en juego o no. También al hilo de un contrato de seguro para el caso de privación temporal del carné de conducir, la SAP de Asturias de 12 de mayo de 2011 [JUR\2011\214368], resuelve con fundamento en la ineficacia de una cláusula por incumplimiento de los requisitos formales que se derivan del art. 3 LCS aunque matiza que también se podría haber alcanzado idéntica solución de ineficacia por la vía interpretativa del contrato, "*pues teniendo en cuenta que se trata de una genuina condición general (conforme al ámbito definido por el art. 1 LCGC) por más que aparezca incluida en la póliza y no en el cuadernillo confeccionado a tal fin, y tomando en consideración asimismo que existe una manifiesta contradicción entre aquella y las garantías básicas contratadas, es claro que tal discordancia deberá resolverse dando prioridad a las condiciones particulares sobre las generales, conforme la regla de la prevalencia dispuesta en el art. 6 LCGC*".

<sup>486</sup> Ninguna importancia se le da a la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales en la SAP Castellón de 27 de octubre de 1997 [AC\1997\2086]. Aunque la solución a la que se llega es la misma que si se aplicara la regla que nos ocupa, es una oportunidad perdida para aplicar el principio de prevalencia que, además, a nuestro juicio, sería el más correcto. Si bien es cierto que todavía no estaba en vigor la LCGC en el momento de la resolución, como hemos visto al inicio del epígrafe, la regla de la prevalencia de lo especial frente a lo particular ha sido utilizada por la jurisprudencia de forma previa a su positivización (recordemos las sentencias puestas como ejemplo fechadas en 1909 y 1944). Pues bien, en este caso, estamos ante un contrato de arrendamiento de local de negocio para una hamburguesería (negocio jurídico ya entre empresarios, por tanto) en el que está inserta una cláusula general que especifica que el contrato no implica beneficio o reserva de exclusividad para el arrendatario, pudiendo el arrendador (el centro comercial) destinar otros locales a una similar o la misma actividad. Así, se dice que "*las partes hacen expresamente constar que la definición y compromiso del destino del local convenido en este contrato no implica en forma alguna beneficio o reserva de exclusividad para el arrendatario, sino que, por el contrario, el arrendador o de (sic) quien de él pueda traer causa, podrá destinar otro u otros locales del Centro Comercial, cualquier que sea su superficie, a la misma o similar actividad comercial*". Sin embargo, en una de las dos cláusulas adicionales al contrato se pacta, por el contrario, que el propietario "*se compromete a no destinar a bar, cafetería o restaurante ningún otro local del Centro Comercial o de sus partes comunes (Moll, aparcamiento, etc.), a excepción del de el (sic) presente contrato*". Estamos ante una evidente contradicción entre una cláusula general y una particular que encontraría su solución a través de la regla de la prevalencia a favor del adherente en el sentido de que primaría la regla particular que impide al predisponente arrendar otros espacios para una actividad que supusiera una competencia. El órgano jurisdiccional no menciona esta regla y resuelve, al estar ante un contrato de adhesión y haber sido generada la oscuridad por el predisponente, aplicando el criterio *contra proferentem*. La oscuridad hay que resolverla a favor del adherente con lo que se concluye la existencia de un compromiso de exclusividad y, por tanto, la obligación de indemnizar a la hamburguesería por haber montado otro negocio similar.

<sup>487</sup> Es el caso, por ejemplo, de un contrato de seguro para una explotación de huertos solares, en el que el Tribunal señala la importancia de la regla de la prevalencia de la cláusula particular sobre la general en la interpretación de los contratos de adhesión ya que "*el "atractivo" del contrato lo configuran las condiciones particulares*", aunque ahí se queda la alusión al criterio (SAP de Zaragoza de 15 de abril de 2011 [JUR\2011\240753]). Así ocurre también, por ejemplo, en el caso de un contrato de servicios de un arquitecto. En la hoja de encargo de dichos servicios, en la que el arquitecto actúa como predisponente, A firma en el anverso como adherente "*en su propio nombre o en representación de una entidad mercantil*". En el reverso de la hoja constan las condiciones generales del contrato en las que se incluye una cláusula por la que "*la persona o personas que firman esta Hoja [A], tanto si actúan por sí como si lo hacen en nombre o representación de una Entidad, Sociedad o cualquier otra persona jurídica, se obligan solidariamente al pago de los honorarios devengados por el Arquitecto por el trabajo encomendado así como por el abono del interés*". La Audiencia resuelve en contra de la aplicación al supuesto de hecho de esta solidaridad en la obligación del pago de los honorarios por parte del firmante. Por una parte, la cláusula no cumple los requisitos de incorporación de la LCGC en el sentido de que las condiciones estén firmadas por todos los contratantes, exigencia que no se cumple en la hoja de encargo "*en la que aparece únicamente la firma del autor del encargo (que actuaba en representación de la Sociedad) pero no de la persona física que pretendidamente intervino en el contrato asumiendo obligaciones en nombre propio*". A esto suma, "*desde*



Una vez vez apuntada su aplicación práctica -de la mano de otros criterios en la mayoría de los casos-, pasamos a analizar la posible relación del principio de prevalencia con otra regla ya mencionada. Y es que ya habíamos citado este principio al hablar de las cláusulas sorprendentes por ser considerado el principio interpretativo una manifestación concreta de esta regla<sup>488</sup>. Se ha planteado, en este sentido, si la ausencia de normativa que controle las cláusulas sorprendentes no podría ser paliada mediante la aplicación de la regla de la prevalencia. La ecuación sería algo así como equiparar las expectativas que razonablemente puede tener un adherente respecto del contenido de las condiciones generales a unos hipotéticos pactos particulares. Con la primacía de las condiciones particulares (expectativas razonables del adherente) sobre las generales, se podrían eliminar estas últimas sorprendentes. La doctrina no se ha mostrado muy favorable a esta extensión de la regla de la prevalencia del art. 6.1 LCGC dada su naturaleza de norma interpretativa y no de control de contenido. Así, FERRER RIBA<sup>489</sup>, concluye que el razonamiento para la aplicación analógica del art. 6.1 LCGC a las cláusulas sorprendentes no dejaría de ser un control de contenido encubierto que desvirtuaría su carácter real. Estamos de acuerdo con el autor en que quizás se trate de un salto muy grande en la aplicación de la norma, postura que también mantendremos respecto de ciertas aplicaciones generalmente consideradas como extralimitadas de la regla *contra proferentem* como instrumento de control material. Sin embargo, y a diferencia de esta última norma citada, cabría realizarse una matización y es que la naturaleza interpretativa de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales ha sido cuestionada en alguna ocasión. Efectivamente, a pesar de su clara ubicación en la Ley en el ámbito de las normas interpretativas, no es tanto una regla que busque averiguar el sentido de la declaración contractual como determinar qué cláusula queda incorporada al contrato y cuál no<sup>490</sup>. En cualquier caso, con naturaleza

---

otro punto de vista”, las reglas de interpretación del art. 6 de la norma, prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales e interpretación *contra proferentem*, por lo que “constando en el reverso de la hoja una asunción de responsabilidad solidaria (sin precisar que dicha solidaridad lo sea con la entidad en cuyo nombre actúa el firmante respecto de la obligación de pago que pesa sobre ésta), mientras que del anverso, firmado por el codemandado [A], claramente se infiere que este actuó exclusivamente en representación de la sociedad, dicha discrepancia ha de resolverse en beneficio del adherente [A], prevaleciendo las condiciones particulares sobre las generales impresas a la vuelta del documento, dada la ausencia de prueba de la aceptación por el demandado en su propio nombre”. Así las cosas, parece que se mezclan en la argumentación cuestiones de incorporación, prevalencia e interpretación contra el predisponente.

<sup>488</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 245, 253. Señalando, no que la regla de la prevalencia sea una manifestación concreta de la regla general de las cláusulas sorprendentes sino que ambas son complementarias y manifestación, en pie de igualdad, del principio de autonomía de voluntad de las partes, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, op. cit., pp. 455 – 456.

<sup>489</sup> FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., p. 369.

<sup>490</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La interpretación de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 30 – 31; *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 300; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas*

estrictamente interpretativa o no, seguiríamos alejados de la función de una norma de control de contenido a lo que se suma el hecho de que el legislador haya borrado cualquier intención expresa de impugnar las cláusulas sorprendentes.

Si bien es dudosa su aplicación como sede del control de cláusulas sorprendentes, esto no implica que no haya condiciones que puedan ser declaradas nulas por contravenir la regla de la prevalencia. En definitiva, se trata de una norma de Derecho imperativo y que, por tanto, supone un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes. Un supuesto que no admite lugar a dudas sería aquel en el que una cláusula general afirmara que las condiciones generales tendrán preferencia respecto de las particulares en caso de contradicción entre ambas. Es evidente la contraposición frontal entre esta cláusula y la norma imperativa del art. 6.1 LGC que tiene que conducir, obviamente, a la nulidad de la primera. Pero incluso en supuestos no tan incuestionables puede tener aplicación la regla de la prevalencia para declarar la ineficacia de cláusulas contractuales predispuestas. Es el caso de aquellas cláusulas que imponen determinadas formalidades para que los acuerdos particulares puedan tener validez (cláusulas de forma escrita), aquellas que afirman que no existen otros pactos distintos a los que figuran en el contrato (cláusulas de completitud o *merger clauses*<sup>491</sup>) o aquellas que supeditan la validez de los acuerdos adquiridos por representantes a la conformidad del empresario (cláusulas con reserva de confirmación). Estas cláusulas serían válidas y eficaces si son condiciones particulares negociadas pero no así si son impuestas. Sin perjuicio de que veamos con más detalle estos supuestos en el capítulo siguiente, al cual nos remitimos, podemos adelantar que, en general, este tipo de cláusulas podrían ser declaradas nulas en la medida en que lo que subyace en todas ellas es la intención del predisponente de dificultar la prueba –ya de por sí complicada- y la validez de pactos particulares, limitando así las posibilidades de que las condiciones generales –impuestas- se vean desplazadas por acuerdos negociados. Este propósito es opuesto al espíritu de la norma imperativa de la prevalencia que no tiene como finalidad otra sino la primacía de la autonomía de la voluntad.

Para cerrar el epígrafe, hay que apuntar que el art. 6.1 in fine LCGC introduce una excepción a esta regla de la prevalencia: se trata del caso en que, existiendo un conflicto entre una

---

*contractuales predispuestas...*, op. cit., pp. 452, 520 - 521; DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 6...”, op. cit., p. 202; LEYVA SAAVEDRA, J., “Interpretación de los contratos”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 27, 2009, p. 467.

<sup>491</sup> Las *merger clauses* pretenden que un contrato no pueda ser interpretado, suplementado o contradicho mediante declaraciones o acuerdos anteriores, de tal forma que, incorporada como condición negocial predispuesta e impuesta, tendría como efecto dificultar la posibilidad de que posibles pactos particulares negociados entre las partes pudieran formar parte del contrato.

condición particular y una general, la segunda sea más beneficiosa para el adherente que la primera. En este caso, en lugar de darle preferencia a la cláusula particular, se le da a la general. Aunque está clara la intención del legislador de favorecer al adherente por ser el contratante que ostenta la posición débil en la relación, la doctrina ha puesto de manifiesto sus dudas respecto de la pertinencia de aplicar estrictamente esta excepción. Al fin y al cabo, parece que no tiene mucho sentido dejar a un lado el principio de la primacía de la autonomía de la voluntad y aplicar una cláusula impuesta con preferencia a una negociada. Es por eso que, más que un criterio autónomo de interpretación, se considera un límite negativo a la regla de la prevalencia, a aplicar con precaución y en aquellos casos en los que la contradicción se dé entre una condición general y una particular pero predispuesta, no frente a una cláusula particular negociada entre las partes<sup>492</sup>.

## 2.2. La regla *contra proferentem*

Los criterios de interpretación específicos de la LCGC se completan con la denominada regla *contra proferentem*. Nos detendremos un poco más en ella por la relación especial que tiene –y, en algunos casos, la jurisprudencia ha querido que tenga– con el control de contenido y, por lo tanto, con el objeto principal de este trabajo. El artículo 6.2 LCGC, en lo que a nosotros nos interesa, establece que “*las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente*”<sup>493</sup>. Se trata de una regla

<sup>492</sup> Se parte de que, en el ámbito del art. 6.1 LCGC, dentro de las “condiciones particulares” se pueden diferenciar aquellas que han sido negociadas por las partes y aquellas que, siendo impuestas, también se consideran particulares porque solo se van a incorporar a ese contrato concreto y no a una pluralidad indistinta de ellos (PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 517 – 518). Según estos autores (PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 519 – 520; FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., p. 382), la regla de la condición más beneficiosa solo tiene su ámbito de aplicación en el caso de contradicción entre una condición general y una particular predispuesta. Con posterioridad, pero en el fondo siguiendo con la misma idea, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 445, pone de manifiesto el resultado absurdo al que podría llegarse si se aplicara esta norma hasta sus últimas consecuencias, adjudicándole una función residual en aquellos casos de incertidumbre acerca de la realidad de la negociación de la cláusula particular que es menos beneficiosa que la general (el autor propone partir de la presunción de que, si esto ocurre, no se trata en verdad de una cláusula negociada o, al menos, no sin poder impugnarla por error o dolo).

<sup>493</sup> Se completa el artículo con una mención *in fine* en relación con los contratos con consumidores, restringiendo la aplicación de la norma a los supuestos en los que se ejerzan acciones individuales. Este último inciso (así como uno equivalente en la LGDCU) se introduce a través de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la protección de los consumidores y usuarios después de que la STJCE de 9 de septiembre de 2004 [TJCE\2004\227] entendiera que el legislador español no había transpuesto correctamente la Directiva de 1993 en la medida en que no había señalado que la regla *contra proferentem* no es de aplicación en el caso del control abstracto. Al respecto, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 80”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 935; PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1371.

clásica<sup>494</sup> recogida en el brocardo “*interpretatio contra stipulatorem*” y que no supone realmente una novedad pues, con matices, aparecía ya recogida en el art. 1288 Cc. para todo tipo de contratos, fueran de adhesión o no (“*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”)<sup>495</sup>. Es indudable, no obstante, que, al ser uno de los presupuestos de aplicación que la oscuridad haya sido causada por una de las partes, su ámbito por excelencia serán los contratos predispuestos.

El fundamento último de esta norma no es otro que el principio general de buena fe que se concreta en este caso, a su vez, en el principio de autorresponsabilidad: la parte a la que se le atribuye el clausulado tiene la obligación de expresarse con claridad y procurar que no exista ninguna ambigüedad<sup>496</sup>. En el caso de existir, no parecería lógico que fuera el

<sup>494</sup> En GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1832, pp. 56 – 57, tenemos acceso al texto del artículo equivalente en el Proyecto de Código civil. Se trata del artículo 1021, primer párrafo: “*En caso de duda, la interpretación de cualquiera cláusula se hará contra la parte que, por su falta de explicación, hubiere ocasionado la oscuridad*”. El autor alude a sus orígenes en el Digesto (Ley 21, Título 1, Libro 8 y Ley 39, Título 14, Libro 2), que dispone la interpretación contra el vendedor y el que da la cosa en arriendo, bajo la razón de que “*in eorum potestate fuit, legem apertius conscribere; in mano de ellos estuvo el hablar más claramente*”. Señala como más clara la posterior Ley 2, Título 3, Partida 7: “*Deve (el juez) interpretar la dubda contra aquel que dixo la palabra, ó el pleito escuramente, á daño del é á pro de la otra parte*”. Sobre el origen y evolución de la norma, con cita de jurisprudencia de la primera mitad del siglo XX, ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión...”, op. cit., pp. 66 – 69.

Con estos orígenes no sorprende, por lo tanto, que la regla *contra proferentem* esté presente en los ordenamientos jurídicos vecinos, como ya hemos ido haciendo referencia en apartados anteriores. Es el caso francés, en el que aparece en el Código civil dentro de la interpretación de contratos en general (art. 1162: “*Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation*”) así como en sede de compraventa (art. 1602: “*Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur*”). También el Código civil italiano hace referencia a este criterio dentro de la normativa de interpretación de contratos (art. 1370. Interpretazione contro l'autore della clausola. “*Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro*”). El Código civil alemán, por su parte, sitúa esta regla específica dentro de la regulación de los contratos mediante condiciones generales. Así, el § 305.c, II, respecto a las cláusulas ambiguas (“*mehrdeutige Klauseln*”) señala: “*Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders*”. Como vimos, el art. 11 de la Ley de cláusulas contractuales generales portuguesa es el encargado de sancionar en este Ordenamiento jurídico este criterio al sentar que en el caso de las cláusulas ambiguas prevalecerá, en caso de duda, “*o sentido mais favorável ao aderente*”, y la misma regla es aplicada por los tribunales ingleses (en el ámbito de las cláusulas de exclusión, ver TREITEL, G. H., *The law of contract*..., op. cit., pp. 202 – 203, que señala que se aplica con distinto rigor en función de la naturaleza de la exclusión de la responsabilidad, limitada o total).

<sup>495</sup> Acerca de los matices que diferencian ambas normas, vide ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 319 – 320; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., p. 555; DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 6...”, op. cit., pp. 211 – 213; SALVADOR CODERCH, P.; RUIZ GARCÍA, J. A., “Comentario al artículo 6.2”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 388; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 447; DÍEZ GARCÍA, H.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Las reglas legales de interpretación de los contratos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de Derecho de contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 887.

<sup>496</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 88; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La interpretación de las condiciones generales de los contratos”, *Revista de Derecho Mercantil*,

adherente, que nada ha tenido que ver en la redacción del contenido predispuesto, quien tuviera que soportar las consecuencias negativas de una oscura formulación. El incumplimiento de esta obligación de hablar claro se castiga, de este modo, con la atribución de los riesgos al responsable, esto es, al predisponente<sup>497</sup>. Así conceptuada, la regla presenta una naturaleza sancionadora que tiene, en palabras de ALFARO, dos funciones: la distribución equitativa de los riesgos de la ambigüedad y generar incentivos al predisponente para expresarse claramente<sup>498</sup>.

La existencia de esta regla específica para la contratación mediante condiciones generales no implica que los criterios generales de interpretación de los contratos contenidos en los arts. 1281 a 1289 Cc no sean de aplicación. De hecho, se ha dicho que la regla *contra proferentem* es un criterio subsidiario en el sentido de que para que entre en juego es necesario que la duda no haya podido ser aclarada recurriendo al resto de criterios hermenéuticos. Está claro, en todo caso, que al no existir estrictamente una voluntad común de las partes, las reglas de interpretación subjetivas tendrán poco alcance en los contratos de adhesión<sup>499</sup>. Esta idea de subsidiariedad se puede observar, por ejemplo, en las palabras contenidas en la STS de 23 de enero de 2003 [RJ\2003\567]:

*“La regla que contiene el artículo 1288 Cc no es rígida ni absoluta y para su aplicación ha de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten,*

---

núm. 183 – 184, enero – junio, 1987, pp. 50 - 51; *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 318; JORDANO BAREA, J. B., “Comentario al artículo 1288”, en PAZ-ARES, C.; DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et. al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 518; ROJO AJURIA, L., Voz “Interpretación de los contratos”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3696; DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 6...”, op. cit., p. 212; FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., p. 384; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 80...”, op. cit., p. 936; DÍEZ GARCÍA, H.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Las reglas legales de interpretación...”, op. cit., p. 885; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 446 y ss.

<sup>497</sup> “El art. 1288 Cc, paradigmático en el tratamiento hermenéutico de las cláusulas oscuras establecidas en un contrato, ha sido desarrollado jurisprudencialmente en cuanto se relaciona con el tema de los contratos de adhesión [...] y establece el principio de que dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio al redactor o instigador de la cláusula oscura, que en este caso será la compañía de seguros recurrente, reconociéndose así una interpretación “contra proferentem vel contra stipulatorem”, como sanción por su falta de claridad al expresarse y también como protección de la contraparte (Sentencia 4 de febrero de 1972 y 22 de febrero de 1979, como las más representativas)”, STS de 21 de abril de 1998 [RJ\1998\2510].

<sup>498</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La interpretación de las condiciones...”, op. cit., p. 51; *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 319.

<sup>499</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *ibidem*, op. cit., p. 56; *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 325; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., p. 565; ROCA GUILLAMÓN, J., “Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 340 – 341; DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 6...”, op. cit., p. 219; FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., p. 396; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 80...”, op. cit., pp. 933, 936.

*de esta manera resulta relegado el precepto (sentencia de 17 de octubre de 1998). El artículo 1288 Cc no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad (sentencia de 27 de septiembre de 1996)»<sup>500</sup>.*

En principio, por lógica y por la estructura de la LCGC, la tarea interpretativa es una labor a realizar una vez que las cláusulas han superado el control de inclusión y antes de analizar la posible abusividad del contenido de las mismas. Esta idea, que ya había sido apuntada en el epígrafe anterior y que tenía sus objeciones con la regla de la prevalencia, todavía presenta más problemas en el caso de la interpretación *contra proferentem*.

La aplicación de esta norma presupone la existencia de una oscuridad en el clausulado. La duda surge cuando, como sabemos, el art. 7 LCGC prevé la no incorporación de aquellas cláusulas, entre otros adjetivos, “*oscuras*”. ¿Qué sentido tiene la existencia de un criterio interpretativo para las cláusulas oscuras si éstas no deberían formar parte del contrato por no superar el control de inclusión? Las soluciones que se han dado para cuadrar la aparente incoherencia de ambas reglas son varias. La más acertada a nuestro juicio, aunque no siempre fácil de aplicar en la práctica, es la que sostuvieron ALFARO y PAGADOR<sup>501</sup>,

---

<sup>500</sup> En un contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías se introduce una cláusula particular por la que se pacta una cantidad máxima garantizada por viaje y medio de transporte de 20 millones de pesetas, añadiendo que quedará sin efecto cualquier cláusula general impresa en la póliza que se oponga, amplíe, modifique o contradiga a las condiciones particulares mecanoscritas. Por otra parte, dentro del clausulado general existe una mención a los casos en los que (en situación de infraseguro, es decir, siendo la suma asegurada -20 millones- inferior al valor del interés asegurable –la expedición-) se produzca un daño parcial del interés, en cuyo caso habrá que indemnizarlo en la misma proporción en la que la indemnización cubre el interés asegurado, pues solo si el daño es total, la indemnización del asegurador será igual a la suma asegurada (que es el límite máximo de indemnización, 20 millones). Entiende el Tribunal que esta regla de la proporcionalidad sigue estando en vigor puesto no es incompatible con la cláusula particular de la cantidad máxima garantizada. Así se tiene en cuenta al calcular la indemnización en el supuesto de hecho concreto, en el que es superior el interés asegurado (el valor de la expedición) a la suma asegurada (20 millones) y en el que el siniestro no lesiona en su totalidad el valor del interés asegurado (de unos daños de algo más de 19 millones de pesetas se fija una indemnización de algo más de 9 millones de pesetas, de lo que se deduce que el valor del interés asegurado, la expedición, era de unos 42 millones aproximadamente). Se hace una interpretación literal y lógica de las cláusulas, en cumplimiento del art. 1281.1 Cc, sin que tenga que operar ya la regla interpretativa del art. 1288 a favor del asegurado (que implicaría dejar sin efecto la regla de la proporcionalidad e indemnizar la totalidad del daño y no solo en la parte proporcional a lo asegurado). En el mismo sentido despejó la STS de 13 de abril de 1982 [RJ\1982\1947] las dudas acerca de una cláusula en un contrato de suministro de botas de extracción cuya ambigüedad (remisión a “*la evolución del mercado de la madera*”) se resuelve por la conducta de las partes. También la SAP A Coruña de 1 de diciembre de 2011 [JUR\2012\8480]: las dudas que podían existir en el caso de la cláusula de cobertura de un contrato de seguro de un local de negocio respecto a si la superficie asegurada era la construida o la útil son resueltas por la Audiencia mediante los criterios de los arts. 1281 –interpretación literal- y 1285 Cc –canon de la totalidad– sin que sea necesario acudir al criterio hermenéutico del art. 1288 Cc y LCGC.

<sup>501</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 286 – 287; PAGADOR LÓPEZ, J., “Los requisitos de inclusión de las condiciones generales: introducción y delimitación”, *Cuadernos de*

seguidos por la mayoría de la doctrina, diferenciando entre casos de falta de claridad más graves –cuando no se puedan conocer por un adherente medio sin esfuerzos extraordinarios- y aquellos otros en los que la oscuridad tiene menor trascendencia -por resultar dudosas las cláusulas en algún punto concreto-. A los primeros supuestos les sería de aplicación el control de inclusión con lo que no se incorporarían al contrato, en correspondencia con la finalidad de estas normas, que persiguen asegurar al adherente la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las condiciones generales. Para el caso de ambigüedades más concretas, resultaría de aplicación el criterio interpretativo pues no en vano el objetivo de estas normas es averiguar el sentido de una cláusula<sup>502</sup>. El problema, como decíamos, sigue residiendo en los supuestos en los que no sea tan fácil delimitar el grado de oscuridad<sup>503</sup>.

Pero si bien la relación con el control de incorporación puede generar alguna dificultad, en lo que realmente nos interesa centrarnos es en el solapamiento que se puede producir entre el criterio *contra proferentem* y el control de contenido. Una cláusula en exceso perjudicial para el adherente en un contrato predispuesto podría ser declarada nula por abusiva aplicando el control de contenido. No hay tanto problema para esto en la actualidad si el adherente es un consumidor puesto que está legalmente reconocida y desarrollada la posibilidad de dicho control material. No podemos decir lo mismo en el caso de un adherente empresario, que solo se verá beneficiado con la nulidad de la cláusula si ésta se subsume, en principio, dentro de alguno de los supuestos que desarrollaremos en el capítulo siguiente y que tienen en común representar límites a la autonomía de la voluntad por ser contrarios a la moral, orden público o la ley imperativa. De ahí que otra opción diferente a la aplicación del control de contenido a esta cláusula predispuesta claramente perjudicial

---

*Derecho y Comercio*, núm. 19, abril de 1996, p. 211; *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 472 – 473.

<sup>502</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La interpretación de las condiciones...”, op. cit., pp. 13 - 16; *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 286 y ss. En similar sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas contractuales...”, op. cit., pp. 472 – 473, 556 – 557; PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1371 (cláusulas redactadas de manera tan vaga que sean susceptibles de muchas interpretaciones muy diversas, frente a cláusulas que admiten algunas interpretaciones pero pocas).

Por el contrario, COCA PAYERAS, M., “Comentario al artículo 10.2”, en BERCOVITZ, R.; SALAS J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 326 – 327, ha basado la diferencia en una falta de claridad en la formulación para el caso del control de inclusión (por ejemplo, en los caracteres, ubicación, giros gramaticales enrevesados), distinta de una oscuridad derivada de la propia redacción e imprecisión de la cláusula. Conforme con este criterio, DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 6...”, op. cit., pp. 215 – 216.

<sup>503</sup> FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., pp. 391 – 392; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 450 – 451, afirman que este criterio no es practicable ni de hecho es practicado por nuestra jurisprudencia, que nunca maneja tonalidades diversas de lo oscuro como criterio de clasificación, haciendo uso de una u otra regla según su prudente arbitrio.

para el adherente, sea la regla *contra proferentem*, de aplicación a todos los contratos mediante condiciones generales con independencia de la naturaleza del adherente. Como sabemos, este criterio imperativo hermenéutico ordena interpretar la cláusula de la forma más favorable para la parte que no causó la oscuridad. De este modo, se podría salvar la posición del contratante débil a pesar de la inexistencia de control de contenido. Recordamos la STS de 21 de abril de 1998 [RJ\1998\2510], que concibe el art. 1288 Cc como sanción y como protección de la contraparte. El problema de este razonamiento es que la regla contenida en el art. 6.2 LCGC (así como en el art. 1288 Cc) exige para que pueda entrar en juego que exista una oscuridad que interpretar. Si el texto de la cláusula no presenta ninguna duda, no podría recurrirse a la interpretación más favorable pues no habría diversas visiones posibles, más o menos favorables, de la cláusula, sino una única a aplicar.

Se ha puesto de manifiesto abiertamente por la doctrina el uso por parte de la jurisprudencia de la regla de interpretación *contra proferentem* fuera de su ratio, es decir, como una especie de regla de control de contenido mediante la que se busca el enfoque favorable para el adherente de una cláusula que le es perjudicial, a pesar de que dicha cláusula no esté afectada de oscuridad y que, por tanto, no sería susceptible de interpretación alguna. A los jueces, se ha dicho, les resulta más cómodo acudir a las normas de interpretación del contrato ante la ausencia de una regla clara de control de contenido que a las cláusulas generales del Derecho privado<sup>504</sup>. Esto no hace sino poner de relieve en la práctica una de las ideas aquí defendidas: la necesidad que se aprecia de que exista un control de contenido también en ciertos contratos predispuestos entre empresarios.

Como punto de partida cabe subrayar, efectivamente, el amplio uso que los tribunales han hecho de la regla *contra proferentem*. Sobre todo, y comenzamos con ellos, en el ámbito de los **contratos de seguro**<sup>505</sup>. Por ejemplo, es el caso de una cláusula que, en un contrato de

---

<sup>504</sup> Manifestando esta situación y su contrariedad, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 288 – 291. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 513; PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas contractuales...”, op. cit., pp. 474 – 475; ROCA GUILLAMÓN, J., “Reglas de interpretación...”, op. cit., p. 331; FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., pp. 392 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 195 y ss.; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 446 y ss., 783. Señalándolo, en su momento, como “*paliativo*” de gran importancia a la ausencia de control de contenido, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales...”, op. cit., p. 323, quien, aunque señala que los tribunales han podido evitar que se aplicasen determinadas cláusulas abusivas, también ve que el “*remedio es limitado y falible*”. A favor de este uso, también en aquel momento, SANTOS BRIZ, J., *La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno*, Montecorvo, Madrid, 1966, p. 224.

<sup>505</sup> Esto debe de ocurrir en todas los ordenamientos pues LANGHEID, T.; MÜLLER-FRANK, C., “Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht im zweiten Halbjahr 2013”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 6, Februar 2014, p. 354, también señalan que los supuestos de hecho resueltos por los Tribunales alemanes en materia de contratos de seguro mediante condiciones generales están vinculados en



seguro de maquinaria, fijaba el máximo de las indemnizaciones a abonar por la aseguradora sin que quedara claro si la cifra dada en los distintos supuestos (por “*sinistro*”, “*víctima*” y “*daños materiales*”) implicaban limitaciones independientes o una limitación general, resolviéndose la ambigüedad a favor del asegurado (STS de 27 de septiembre de 1996 [RJ\1996\6644]; asimismo, STS de 12 de septiembre de 1996 [RJ\1996\6561]). También el de una cláusula inserta en un contrato de seguro “multirriesgo transportistas” por la que se define el concepto de conductor cubierto por la póliza como la “*persona legalmente habilitada para ello y con autorización del asegurado, propietario o usuario del vehículo asegurado, que conduzca el mismo o lo tenga bajo su custodia o responsabilidad en el momento del accidente*”. El Tribunal interpreta dicha cláusula a favor del adherente en aplicación del art. 1288 Cc, entendiendo que no es necesario que el conductor esté designado expresamente para que el siniestro esté cubierto por la póliza (STS de 14 de febrero de 2002 [RJ\2002\1444])<sup>506</sup>.

---

general con la interpretación de las mismas y los problemas con conceptos que no están correctamente perfilados.

<sup>506</sup> Del mismo modo, en un contrato de seguro de responsabilidad profesional contratado por un abogado se incluye una cláusula en la que se delimita el alcance de la cobertura de la póliza “*exclusivamente a aquellas reclamaciones que se formulen al Asegurado, o en su caso al Asegurador en el ejercicio de la acción directa por primera vez durante el periodo de vigencia del seguro, incluso por omisiones o actos negligentes cometidos antes de la fecha de efecto del seguro*”. La cláusula presenta una oscuridad acerca del grado de conocimiento que se exige al Letrado y sobre qué ha de recaer exactamente dicho conocimiento, lo que afecta directamente a la cobertura del seguro. Ante la redacción extremadamente genérica de la cláusula (“*reclamaciones derivadas de hechos, circunstancias, acontecimientos o daños que el Asegurado conociera o pudiera razonablemente haber conocido antes de la fecha de efecto del seguro*”), entiende el Tribunal que las dudas de interpretación que la Aseguradora debía haber evitado (por ejemplo, haciendo referencia a hechos objetivos que no fueran difíciles de valorar) deben favorecer al asegurado (SAP León de 17 de junio de 2002 [JUR\2002\211812]).

De nuevo en un contrato de seguro, esta vez de transporte de mercancías, el término “frágil” como uno de los supuestos de exoneración de responsabilidad de la aseguradora se entiende a favor del asegurado por los arts. 1288 y 6 LCGC. No hay criterio ni prueba objetiva alguna que lo determine más porque es un término ambiguo que carece de cualquier referencia y no puede ser sino calificado de oscuro. Por ello, la mercancía se considera como no frágil y la aseguradora responde por los daños (SAP Ourense de 15 de octubre de 2009 [AC\2010\213]).

En otro supuesto, las cajas de vino aseguradas por una póliza de transporte marítimo de mercancías se ven afectadas por un problema con la temperatura del contenedor frigorífico durante un viaje, deviniendo inservibles. La póliza flotante consta de diversas condiciones generales y especiales que, a juicio del órgano jurisdiccional, no resuelven el supuesto de hecho concreto. No cabría aplicar la exclusión de responsabilidad en el caso de “*inapropiada preparación del objeto asegurado*” porque ni la más amplia interpretación de este término permitiría subsumir en él el supuesto (errónea programación de la temperatura del contenedor). Tampoco parece dar la solución la cláusula particular por la que se prevé la indemnización “*en caso de paralización del aparato frigorífico*” pues no es esto lo que pasó sino que los daños vinieron por una variación de la temperatura del aparato. La Audiencia concluye que “*la heterogeneidad de las diversas condiciones generales y particulares, españolas e inglesas, aplicables al contrato entre las partes; la rotundidad -y equivocidad en el contexto de autos- de la cláusula inicial de todo riesgo de las condiciones generales ICC(A); la ausencia de una aclaración específica, en las condiciones particulares, relativa a la no cobertura por variación de temperatura, en un ámbito, como el de seguro marítimo, inspirado en el principio de universalidad de riesgos, cuando las mercancías para cuyo transporte se suscribe la póliza son "mercancías generales de comercio, principalmente vinos" (f. 16) y cuando en la certificación de la aseguradora, consecutiva al aviso de aplicación de la asegurada, se hace constar expresamente que se trata de un contenedor frigorífico (reefer) y que la temperatura debe ser + 10° C, conducen a aplicar al caso el principio contra proferentem y estimar que la falta de claridad de las cláusulas en el tema objeto de la controversia no*

Pero también **fuera del ámbito de los contratos de seguro** se da, por supuesto, la aplicación práctica por los Tribunales de la regla *contra proferentem*. Así lo señala, por ejemplo, la STS de 25 de enero de 2007 [RJ\2007\591]. En un contrato de auditoría, una de las cláusulas contenida en las condiciones generales predisuestas por la auditora, prevé un plazo de duración del contrato de nueve años desde un determinado día, aunque transcurridos los tres primeros años cualquiera de las partes podría rescindir libre y anticipadamente el contrato si media lo que ellas convengan que sea justa causa y siempre que sea con una antelación de cinco meses antes de que inicie el siguiente ejercicio mediante carta certificada dirigida a la otra. La entidad auditora, sin embargo, alega nulidad de la cláusula por producir una indeterminación en la duración del contrato y que ésta quede al arbitrio de cualquiera de las partes. El Tribunal niega la nulidad de la cláusula porque no puede ser alegada por la parte que la ha provocado (parte que pretende obtener mayores beneficios de la cláusula que los declarados en la sentencia) y aplica, por el contrario, la regla *contra proferentem* para resolver la oscuridad de la cláusula respecto de las prórrogas del contrato a favor de la empresa adherente, entendiendo que sí que procede la terminación del contrato y que ésta ha sido solicitada en plazo<sup>507</sup>.

---

*puede interpretarse en contra del asegurado*”. La aseguradora, pues, responde por los daños sufridos en las mercancías (SAP Barcelona de 28 de abril de 2010 [JUR\2010\277739]).

La SAP de Zaragoza de 23 de junio de 2011 [JUR\2001\264674], por su parte, interpreta *contra proferentem* la cláusula en la que se delimita la cobertura de un seguro “top multirriesgo empresas” de una minicentral por los daños “*como consecuencia del viento, siempre que se registren velocidades superiores a los 96 km/h e inferiores a 135 km/h*”, concibiendo de forma amplia la relación de causalidad entre el viento y los daños. Probada una velocidad del viento entre estos parámetros, la duda se halla en determinar si los daños han sido causados de forma directa o indirecta por el viento. El Tribunal concluye que el viento no actúa como agente remoto sino como causante, argumentación que refuerza recurriendo a la regla *contra proferentem* pues “*en cualquier caso, se trata de un condicionado general rector de un contrato de seguro por lo que cualquier duda interpretativa ha de ser decidida en contra del asegurador proferente, tanto de las normas generales de interpretación de los contratos (art. 1288 Cc como por la de seguros (art. 3 y STS 711/2008), como por la rectora de los condicionados generales (art. 6 LCGC)*”. En este caso, sin embargo, no queda muy claro si no es más bien un problema de prueba del viento como agente directo de los daños o de la existencia de alguna causa intermedia entre ambos, más que de una oscuridad en cuanto al término “*consecuencia*”.

<sup>507</sup> Por su parte, la SAP de Navarra de 1 de octubre de 2003 [JUR\2003\270307] conoce de una oscuridad entre varias cláusulas en un contrato de adhesión de gestión de cobros. Mientras que por un lado se dice que la entidad encargada de la gestión de cobros (predisponente) puede realizar sus gestiones frente a deudores de todo el territorio nacional, parece que esto solo es cierto en el caso de la fase de actuación extrajudicial puesto que para los procedimientos de cobro vía judicial la cobertura del contrato se limita a una serie de juzgados. Sin embargo, en otra estipulación se determina de forma contradictoria que en esos juzgados excluidos en la reclamación judicial el predisponente queda eximido de adelantar cantidad alguna a los profesionales que se encarguen del asunto. Para aclarar si la actuación de la entidad gestora de cobros por la que demanda el pago de su comisión tiene cobertura en el contrato, el órgano jurisdiccional acude a la regla *contra proferentem* entendiendo que la oscuridad tiene que beneficiar al adherente y que, por tanto, no nace la obligación de pagar la comisión derivada del contrato salvo que la entidad de gestión de cobros haya actuado dentro de los márgenes del mismo, cosa que no ha ocurrido porque el cobro ha sido vía judicial y en una provincia no incluida en el contrato.

Otro supuesto es el reflejado en la SAP Madrid de 17 de mayo de 2013 [AC\2013\1150]. Una entidad adquiere en un establecimiento un reproductor MP4, en el que se detecta un defecto en el plazo de garantía de dos años que constaba en el reverso de la factura de compra del aparato. La cláusula era la siguiente: “*Cuando el artículo adquirido presenta una falta de conformidad porque no se corresponda con las características ofrecidas, presente defectos que impidan su normal utilización con arreglo a su naturaleza o no ofrezca las*

Como vemos, la interpretación a favor del adherente es un criterio de recurso sencillo que en muchas ocasiones también se **entremezcla con otros argumentos** para llegar a la solución final. Un nuevo ejemplo es la SAP Vizcaya de 24 de enero de 2000 [AC\2000\68], resolución que conoce de un contrato de seguro concertado por un empresario cuya actividad era un criadero de pescado y marisco, y en la que se debate si la cobertura del seguro se extendía al marisco vivo o no, dado que se había suprimido recientemente la mención expresa a este tipo de mercancía y, por otra parte, se hablaba de “cámara frigorífica” y no de “vivero”. De la intención de las partes (el asegurado manifestó su voluntad de asegurar su actividad, lo que necesariamente lleva consigo tener como producto principal el marisco o pescado vivo; el agente de seguros conocía la voluntad del asegurado y la existencia de los dos viveros refrigerados por diversas visitas) y el argumento gramatical (en una primera póliza suscrita se consideró al marisco vivo dentro de la mercancía en cámara frigorífica y, además, los viveros no dejan de ser una especie de cámara frigorífica), se concluye que el marisco vivo entra dentro de la póliza. A ello se une el hecho de que, de lo contrario, el riesgo asegurado se quedaría sin cobertura alguna puesto que no existían descripciones específicamente dispuestas para los viveros. Y, por último, señala la Audiencia, el principio *de in dubio pro asegurado*, en línea con el de *contra proferentem*, “un criterio restrictivo en beneficio del asegurado para evitar que una actuación poco clara o contradictoria de la compañía aseguradora pueda perjudicarle, teniendo en cuenta que no se le ha dado otra intervención en tal contrato que la de mero suscriptor del mismo”. “Si la compañía aseguradora tenía

---

*prestaciones descritas para él, el comprador tiene derecho al saneamiento del bien adquirido en un plazo de dos años a partir de la compra, en las condiciones y con los medios de prueba regulados en el TRLGDCU*”. La vendedora manifiesta que tal garantía no cubre a la parte compradora por no tener la condición de consumidor (había integrado el reproductor en el proceso productivo para crear un buen ambiente en sus oficinas). La Audiencia, por el contrario, concluye que, tratándose de un contrato de adhesión, la interpretación de las cláusulas oscuras en el mismo no debe favorecer a la parte que haya ocasionado dicha oscuridad con lo que hay que entender que ambas partes pactaron que la garantía otorgada por la vendedora es la contemplada en el TRLGDCU con independencia de que el comprador tuviera o no la cualidad de consumidor, pues ésta no se exige expresamente en la dicha cláusula como requisito para conceder la garantía prevista en dicha ley a la que remite de forma genérica.

También se cita en los fundamentos jurídicos de la SAP Asturias de 30 de mayo de 2013 [JUR\2013\212570] el criterio interpretativo que nos ocupa. Una de las cláusulas del condicionado general de un contrato de franquicia declara la relación *intuitu personae* y niega la posibilidad de su cesión aunque, a renglón seguido, regula y acepta tal posibilidad siempre que el franquiciador dé su consentimiento, distinguiendo según el franquiciado cedente fuese una persona física o jurídica. En el supuesto de hecho, se produce una transmisión de capital del franquiciado que da lugar a un cambio en su composición y que, a lo que nosotros interesa, no es aceptada por el franquiciador por no haber observado las exigencias pertinentes. El Tribunal entiende como contradictoria la cláusula citada y manifiesta que dicha contradicción debe resolverse a favor de la posibilidad de la cesión del contrato de acuerdo con los arts. 1288 Cc y 6 LCGC. Sin embargo, aunque nos faltan datos para completar la cláusula en concreto, pensamos que es más acertado el otro argumento interpretativo que utiliza el órgano jurisdiccional y que implica entender que el hecho de que al poco de firmar el contrato la franquiciadora conociese y reconociese la variación que sobrevino en la composición del franquiciado, supone ese consentimiento en virtud del art. 1282 Cc. Más que una contradicción u oscuridad a resolver con la regla *contra proferentem*, parece que la segunda parte de la cláusula es desarrollo o concreción de la primera y que, por lo tanto, mediando consentimiento, sí que cabría la cesión, por ser un derecho reconocido.

*alguna objeción que hacer o alguna precisión que introducir a la póliza tipo que utilizó”, señala el Tribunal, “debía haberlo hecho constar así”<sup>508</sup>.*

En otros casos, se recurre a la regla *contra proferentem* incluso aunque no se den los presupuestos de aplicación en una especie de –entendemos– “**argumento de refuerzo**”. Así ocurre en la SAP de Pontevedra de 11 de junio de 2012 [JUR\2012\235397] en un litigio, de nuevo, respecto de un contrato de seguro de transporte de mercancías. La cláusula controvertida (“*el presente contrato se extiende para garantizar todos los transportes que efectúe la entidad asegurada, por cuenta de terceros, de las mercancías que más abajo se detalla*”) no ofrece problemas para el Tribunal al afirmar que “*evidentemente no parece nos encontremos ante una cláusula oscura*” puesto que del texto se deduce que el transportista es tomador y asegurado de un seguro referido a mercancías propiedad de terceros, siendo el riesgo cubierto la destrucción o daños materiales, precisamente, de dichas mercancías. Sin embargo, finaliza señalando que “*desde luego, para el caso de que se considerare nos hallamos ante una cláusula oscura, tal exégesis, vendría amparada en el art. 1.288 del Código Civil que, cual es sabido, consagra la regla contra proferentem o stipulatorem cuya virtud la parte contratante - la compañía aseguradora - que redacta una cláusula oscura no puede aprovecharse de la misma en su beneficio y motivar la total falta de pago de la suma asegurada*”. “*En definitiva*”, concluye, “*hay que entender aceptado por la demandada el objeto y valor del interés asegurado que la póliza, de modo expreso y en el epígrafe a ello destinado, proclama*”<sup>509</sup>.

---

<sup>508</sup> Igualmente concurre el criterio de interpretación *contra proferentem* con otros en la SAP Lérida de 13 de diciembre de 1995 [AC\1996\19], al hilo de un contrato de cebo de pollos para carne. Se trata de un contrato predisposto por la Cooperativa agropecuaria y en virtud del cual los criadores de los pollos -adherentes-debían criar a los animales en sus instalaciones, siendo proporcionados los pollos y el pienso por la Cooperativa, que también tenía que seleccionarlos y recogerlos después para su venta. Sin embargo, se aprecia una indefinición de las obligaciones del predisponente respecto del momento y forma de la recogida de pollos de las naves de los criadores puesto que la cláusula simplemente señala, de forma no muy precisa, que ésta dependerá del peso que tengan los pollos y “*según las condiciones del mercado*”. La vaguedad de esta cláusula se resuelve acudiendo a varios criterios de interpretación, como la imposibilidad de que favorezca a la parte que ha ocasionado la oscuridad, pero también atendiendo a la finalidad del negocio jurídico, el justo equilibrio de las prestaciones y la buena fe contractual, de tal forma que se concluye que la Cooperativa no puede dilatar ni efectuar la operación de esclarecimiento y recogida de los pollos atendiendo a sus exclusivos intereses, sino armonizándolos con los de los criadores.

<sup>509</sup> De modo parecido razona la SAP Zaragoza de 20 de septiembre de 2012 [JUR\2012\373224], que resuelve la controversia recurriendo a una interpretación literal de una cláusula de revisión de precios en un contrato de suministro de ferralla (“*si hubiese suministros y/o trabajos posteriores a dicha fecha -mes de marzo de 2010 incluido- los precios de la materia prima se modificarán según la variación de los mismos sobre el precio base Anífer de fecha Noviembre de 2009 (base 131,45). Manteniéndose invariable el precio de montaje*”). Recurriendo a una interpretación literal y sistemática resuelve la posible duda (no cabe condicionar la revisión de precios al encargo de una determinada cantidad de mercancía, como pretende la entidad suministrada, redactora de la cláusula, pues nada se expresa al respecto en la cláusula ni en el contrato en conjunto). Sin embargo, concluye añadiendo que “*si de alguna oscuridad adoleciera la cláusula en litigio, no ha de afectar a la actora por ser imputable al que la elaboró, la demandada, y a ella ha de perjudicar (art. 1288 Cc, regla contra proferentem)*”.

Aunque en estas resoluciones puede que la alusión a la regla *contra proferentem* no tenga mucho sentido o sea superflua y no aporte nada puesto que no se dan los presupuestos para que entre en juego y se ha resuelto con base en otros argumentos, los razonamientos que realmente pueden merecer una crítica son aquellos en los que, sin darse el supuesto de hecho de la norma, sí que se ha aplicado como criterio de fondo para resolver a favor del adherente. Esta utilización incorrecta de la regla *contra proferentem*, **excediendo del ámbito meramente interpretativo** y entrando a revisar el contenido de unas cláusulas transparentes, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, como decíamos al inicio. Aunque no todos los autores están de acuerdo en que los Tribunales hayan hecho este uso incorrecto de la regla contenida en los arts. 1288 Cc y 6.2 LCGC de una forma manifiesta y evidente<sup>510</sup>, sí que es cierto que se pueden encontrar algunos comentarios o resoluciones en las que se podría haber forzado el ámbito de aplicación y finalidad de la regla de interpretación a favor del adherente.

Conocida es al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1957, que reconoce en los contratos de adhesión un poder de revisión al Juez para modificar el contrato en la parte injusta y que tiene amparo en el Derecho positivo, a juicio del órgano jurisdiccional, en la regla especial de interpretación consagrada en el art. 1288 Cc<sup>511</sup>. Bastante más reciente, la SAP Córdoba de 5 de octubre de 2012 [JUR\2014\11967] conoce de un contrato de seguro sobre una casa de labranza. La cobertura alcanza, entre otros, los desperfectos sufridos por la fuerza del viento cuando alcance velocidades superiores a los 90 km/h, siempre que sean producto de un fenómeno de carácter anormal, entendiéndose que este carácter se acreditará mediante Certificado del Instituto Meteorológico Nacional más cercano u otro Organismo Oficial o, en su defecto, mediante la aportación de las oportunas pruebas periciales que acrediten la magnitud de intensidad real de los fenómenos. El juez de instancia entiende que la locución “*en su defecto*” niega cualquier otra posibilidad de acreditar la anormalidad de los fenómenos atmosféricos si existen las mediciones de la AEMET. La Audiencia, por el contrario, entiende que esta interpretación literal cercena el derecho del asegurado de articular esos medios de prueba aunque sean más adecuados que los procurados por parte de los organismos estatales (por ejemplo, ser un observatorio situado en lugar más próximo a la ubicación del objeto asegurado y medir de forma más exacta la velocidad real del viento). El problema es que la Audiencia recurre al art. 1288 Cc para admitir otros datos probatorios a pesar de que expresamente dice que “*si podemos convenir que en el puro terreno interpretativo la tan discutida cláusula goza de aparente claridad, su conjugación*

<sup>510</sup> Al respecto, critica ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 199 - 200, aquellos comentarios de autores que aluden a práctica abierta por parte de los Tribunales. “*Si alguna vez los tribunales han llegado a corregir desequilibrios por vía del artículo 1288, ha sido de forma velada, nunca abiertamente. [...] La mayoría de las veces los tribunales han sabido moverse dentro de la regla del artículo 1288, sacando toda la potencialidad que encierra, buscando sobre todo, eso sí, que la interpretación sea- siempre- favorable al adherente, a veces con ayuda del artículo 1258 del Cc*”.

<sup>511</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 196.

*con la finalidad negocial del asegurado, desde la óptica interpretativa que nos impone el cuerpo doctrinal antes mencionado [principio pro asegurado e interpretación contra proferentem], la convierten si no en oscura, sí en injusta por privar al asegurado, o, cuando menos, para demostrar qué velocidad alcanzó el viento en el lugar del siniestro”<sup>512</sup>.*

Es indudable que la regla que nos ocupa, como habíamos señalado al inicio, es de naturaleza sancionadora, lo que la acerca, en este sentido, a un control de las condiciones generales. Asimismo, es verdad que, junto con el control de contenido, tiene su fundamento último en el principio de la buena fe. Por otra parte, la regla *contra proferentem* no persigue averiguar la voluntad real de los contratantes sino que representa un criterio de interpretación objetivo y, como tal, se sale un poco de la función estrictamente interpretativa. Por último, como señala ALBIEZ, los arts. 6.2 LCGC y 1288 Cc encierran una regla de justicia contractual<sup>513</sup>. A la vista de estos razonamientos, la finalidad entre ambas normativas –interpretación *contra proferentem* y control de contenido- pudiera parecer próxima. En ambos casos se evidencia el planteamiento de reequilibrar las posiciones de las partes dado el tipo de contrato. Sin embargo, una cosa es interpretar una

---

<sup>512</sup> Queremos recoger también la SAP Alicante de 24 de julio de 2012 [JUR\2013\312811], que conoce de un contrato de adhesión de licencia de reproducción reprográfica, como ejemplo de dudoso recurso –a nuestro juicio- a la regla *contra proferentem* para resolver un litigio. Hay que matizar, sin embargo, que no se pronuncia de forma expresa como en el caso anterior acerca de la inexistencia de oscuridad pero sí de una injusticia y que, por otra parte, el predisponente es una entidad de gestión. Dicho esto, se presenta un problema con la duración del contrato, que aparece regulada del siguiente modo: “*El presente contrato entrará en vigor el 1 de enero de 2009, continuando vigente hasta el 30 de septiembre de 2009. Si finalizado el periodo de duración previsto en el párrafo anterior, el licenciatario de esta autorización continuara prestando el servicio de reprografía a que se refiere este contrato, el mismo será prorrogado tácitamente por periodos anuales sucesivos, salvo que medie denuncia expresa de cualquiera de las partes. Dicha renuncia deberá comunicarse de manera fehaciente a la otra parte con una antelación mínima de treinta días a la finalización del plazo de duración inicial o de cualquiera de sus prórrogas*”. El licenciatario envía comunicación a finales de noviembre de 2009 para resolver el contrato por no utilizar el concreto repertorio de obras el año siguiente mientras que la contraparte entiende prorrogado tácitamente el contrato hasta septiembre de 2010. La Audiencia ve una oscuridad en la cláusula descrita pues de ella se desprende que el contrato de licencia se condiciona a la continuación por el licenciatario de la prestación del servicio de reprografía del repertorio y que es posible denunciar la vigencia del contrato con un preaviso de un mes (de ahí que concluya, aplicando el art. 6.2 LCGC y el art. 1288 Cc, entre otros razonamientos, que el contrato debe entenderse sin efectos a partir del 1 de enero de 2010, un mes después del preaviso). Estamos de acuerdo en la primera deducción –la necesidad de prestación del servicio- y, a nuestro juicio, quizás reside ahí la oscuridad (¿qué ocurre si la licenciataria no continua prestando el servicio de reprografía pero tampoco media denuncia expresa del contrato?) pero no observamos tal ambigüedad en el caso del preaviso: no solo es un preaviso de un mes sino que la cláusula claramente habla de un preaviso de un mes respecto “*a la finalización del plazo de duración inicial o de cualquiera de sus prórrogas*”. Por tanto, salvo que la licenciataria no realizase ninguna actividad de reproducción del concreto repertorio desde septiembre 2009 (en cuyo caso, ante la duda y el carácter predispuesto de la cláusula igual sí que cabría aplicar la regla *contra proferentem* e interpretarla a favor del adherente), el contrato se ha visto tácitamente prorrogado “*por periodos anuales sucesivos*”, esto es, hasta septiembre de 2010 (por otra parte, lógico pues coincide con el curso académico) sin que pueda tener valor, a nuestro juicio, la comunicación de la licenciataria ocho meses antes del plazo. La vía para evitar la vinculación de la empresa adherente una anualidad más, si se considerara injusta y, de haber una vía, no es la modificación a través de un criterio interpretativo.

<sup>513</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 195.

cláusula porque es oscura y otra muy distinta es revisar su contenido y anularla<sup>514</sup>. Como expone la SAP A Coruña de 1 de diciembre de 2011 [JUR\2012\8480], con cita de jurisprudencia, “*el hecho de que la interpretación no deba favorecer al causante de la oscuridad no implica que se deje de aplicar la cláusula que adolece de esa falta de claridad (SSTS de 27 de septiembre de 1996, 8 de octubre de 2001 y 26 de junio de 2003)*”.

Y es que, si bien la regla *contra proferentem* y el control de contenido comparten naturaleza sancionadora y origen en la buena fe, también es verdad que los motivos son diferentes: la sanción que conlleva la regla interpretativa es consecuencia del incumplimiento de “hablar claro” del predisponente, mientras que, en el caso de la nulidad de la cláusula abusiva, se trata de penalizar al contratante que ha introducido una grave desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes aprovechando el proceso peculiar de formación de los contratos mediante condiciones generales. En todo caso, no hay más que leer el supuesto de hecho de la norma de interpretación para darnos cuenta de que el presupuesto esencial que tiene que darse para que pueda ser de aplicación es la existencia de una oscuridad, una duda, una ambigüedad<sup>515</sup>. Sin esto, el órgano juzgador no está legitimado por la ley para favorecer al adherente por mucho que ambas normas tengan en común equilibrar las posiciones de predisponente y adherente para contrarrestar abusos del primero (objetivo, por otra parte, común en cierto modo a toda la normativa sobre condiciones generales): cada norma lo hace en su ámbito de aplicación y de una manera. Lo

<sup>514</sup> En palabras de GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 196, al hilo de la ya citada en el texto principal sentencia del Tribunal Supremo de 1957, “*los Tribunales españoles carecen en absoluto de poder de revisión de los contratos, cuando una ley especial no lo autorice expresamente, ya que el Juez, en nuestro Ordenamiento jurídico, no tiene reconocidas otras facultades que las de interpretar fielmente la voluntad de las partes cuando ésta sea oscura y solamente entonces, pues como dispone imperativamente el artículo 1281 del Código civil –norma primera y principal, excluyente de cualquiera otra mientras sea aplicable– si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*”.

<sup>515</sup> Obviamente, también que la oscuridad haya sido causada por una de las partes. Así se aprecia en la STS de 4 de abril de 2012 [TOL2.546.549], en la que se rechaza que sea de aplicación el art. 1288 Cc a una cláusula reguladora de la extinción de un contrato de suministro de energía eléctrica. A pesar de que, como señala el Tribunal, la regla *contra proferentem* “*se ha aplicado con profusión por la jurisprudencia de esta Sala a los contratos con condiciones generales para los consumidores y en otros de adhesión, especialmente en los seguros [...], [N]o es éste el caso. [...] [N]o hay una posición dominante de una de las partes que imponga el contrato a la otra sino que se trata de dos empresas de importancia que aceptan una cláusula y se reconoce a ambas una indemnización por razón de la extinción unilateral, imponiendo una equivalencia de prestaciones*”. Aunque es un poco confusa la explicación, entendemos que lo que se quiere decir –o, al menos, en ese sentido entendemos correcto lo que se dice– es que el hecho de que exista un equilibrio de derechos y obligaciones en el contenido del contrato conduce a pensar que el mismo no ha sido obra de la compañía eléctrica sino de ambas partes, sin que se dé el presupuesto, por tanto, para la aplicación del art. 1288 Cc.

Los tribunales alemanes hacen hincapié, además, en que la oscuridad debe ser real sin que sea suficiente que el significado sea controvertido para los contratantes, MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A comparative treatise*, 2ª ed., Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 174.

contrario implica deformar la *voluntas legis*<sup>516</sup>, es perjudicial para la seguridad jurídica (curiosamente, se justifica el carácter vinculante de las reglas de interpretación por ser remedio frente a la arbitrariedad judicial<sup>517</sup>) y por supuesto no tan eficaz como un control de contenido puesto que el empresario simplemente volverá a utilizar la cláusula pero con otra redacción<sup>518</sup>.

Y en alguna ocasión así lo ha puesto de manifiesto también la jurisprudencia. Ejemplo de ello es la SAP Barcelona de 27 de junio de 2013 [JUR\2013\341485]. La Audiencia, al hilo de un contrato de adhesión de arrendamiento de bienes muebles (una máquina destinada a industrias gráficas), identifica como una especie de control a aplicar, ante la ausencia de control de contenido, las normas de interpretación recogidas en el art. 1288 Cc y la LCGC, pues es de aplicación a cualquier adherente, sea consumidor o usuario. Sin embargo, matiza que *“estas normas de hermenéutica contractual conducirían, por vía interpretativa, a dejar sin efecto la cláusula o cláusulas solo en el caso de que las mismas pudieran considerarse oscuras, de difícil comprensión o de sentido equívoco”*, situación que no se da en el caso concreto. Aunque no nos parece exacta la afirmación de que el resultado de recurrir a la regla *contra proferentem* sea dejar sin efecto las cláusulas (porque es buscar el sentido más favorable al adherente, que no es lo mismo), nos parece acertado que no se utilice esta norma para intentar reequilibrar posiciones en el contrato si no se da el presupuesto de aplicación. La misma argumentación, para terminar, se da en la SAP Barcelona de 13 de septiembre de 2012 [JUR\2012\394661], en este caso respecto de una cláusula penal en un contrato de asesoría laboral. Dicha cláusula no admite la aplicación del art. 1288 Cc *“pues la redacción del contrato es clara, de fácil comprensión y el sentido de la cláusula denunciada resulta evidente a partir de su literalidad”*.

### 3. El control de contenido: el artículo 8 LCGC y la Exposición de Motivos

El tercer componente del régimen de las condiciones generales de la contratación en la Ley de 1998 es también el que más nos importa a los efectos de este trabajo: el control de contenido. Ya hemos adelantado en las páginas precedentes al hilo de la evolución normativa las notas esenciales de este control que, en lo que a contratos mercantiles se

---

<sup>516</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición del contenido...”, op. cit., p. 676.

<sup>517</sup> Por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, op. cit., p. 80.

<sup>518</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La interpretación de las condiciones...”, op. cit., pp. 18 - 19; *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 290 - 291.



refiere, reside en el art. 8 LCGC, concretamente, en su apartado primero, que reza como sigue:

*“Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.*

Como sabemos, este control se limita a declarar la nulidad de aquellas condiciones generales que sean contrarias al Derecho imperativo, dejando la nulidad por abusividad limitada a los contratos en los que intervenga un adherente consumidor. Sin embargo, situaciones en las que una de las partes hace uso de su situación de preeminencia respecto de la otra para introducir un contenido contractual desequilibrado claramente a su favor y respecto del que la otra parte, el adherente, no ha tenido la más mínima posibilidad de participación, se pueden dar también en contratos entre empresarios. Por eso la norma da realmente una solución parcial que no es satisfactoria puesto que no se prevé ninguna especialidad para los contratos predispuestos en general respecto del régimen que sería aplicable a cualquier contrato negociado. Y ello, a pesar del peculiar procedimiento de formación de los negocios jurídicos mediante condiciones generales, caracterizado por un déficit de autonomía de la voluntad. Como se argumentó en el Capítulo I de la Primera parte, al que nos remitimos, la contratación adhesiva garantiza la libertad contractual formal pero no la material, y esto es común a los contratos de consumo y a los contratos entre empresarios –con salvedades-. Por lo tanto, repetimos, bien configurado el control de contenido en la contratación mediante condiciones generales, en ningún caso representa un ataque hacia la autonomía privada sino que, por el contrario, se trata de una garantía de la misma dado el déficit que caracteriza a este procedimiento contractual.

De hecho, por su parte, la redacción de la Exposición de Motivos, reconociendo la existencia de cláusulas abusivas también en la contratación entre empresarios, incluso ha dado lugar a que en ocasiones se haya considerado la posibilidad de aplicar extensivamente el juicio de abusividad concebido para los consumidores a los adherentes empresarios.

De todo ello nos ocupamos en los capítulos siguientes, en los que procederemos a analizar la posibilidad de aplicación analógica en este punto del régimen jurídico previsto en el Derecho de consumo así como las consecuencias y amplitud reales del único control de contenido al que se someten los contratos entre profesionales que, básicamente, se corresponde con los límites generales a la autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc: ley imperativa, orden público y moral. Del mismo modo, se valoran las opciones de construir

un control material a través de otros cauces ya existentes, como es la consabida regla de la buena fe.

De manera previa, y para tener una visión panorámica lo más completa posible de la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico acerca de las condiciones generales de la contratación, no queremos cerrar este bloque sin hacer dos alusiones que ocuparán las siguientes líneas. Por una parte, a las propuestas de reforma de dos textos fundamentales como son el Código civil y el Código de comercio y que se están discutiendo a nivel nacional. En ambos casos se prevé una regulación expresa, más o menos amplia, del régimen de las condiciones generales de la contratación aunque, eso sí, en un sentido muy diverso. Por otra parte, a la Ley de Contrato de seguro, la Ley de lucha contra la morosidad, diversas leyes de transporte y al sector de la distribución. La regulación de los contratos predispuestos no se ciñe a la LCGC sino que existen otras normas sectoriales que, por su relevancia en la práctica, también incluyen referencias a este tipo de contratación y que conviene tener en cuenta pues están íntimamente vinculadas, precisamente, con los contratos entre empresarios.

### **III. LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: PROPUESTAS DE REFORMA**

#### **1. La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección de Derecho Civil**

La comunidad jurídica española es consciente de la necesidad de mejorar ciertos aspectos del Derecho de condiciones generales de la contratación. Teniendo en cuenta la experiencia observable desde su entrada en vigor y las tendencias europeas y de los ordenamientos jurídicos vecinos se puede intentar elaborar una regulación más adecuada de las condiciones generales que la contenida en la Ley 7/1998. Esto tendría, especialmente, consecuencias para la contratación empresarial en la medida en que los consumidores tienen ya su propia norma, el TRLGDCU, por el que se regula el régimen de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Este pensamiento ha estado presente en la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación y muestra de ello es la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (PM), texto publicado por el Ministerio de Justicia en 2009 y cuya Sección 4ª del Título II se ocupa de las condiciones generales de la contratación (arts. 1261 a 264)<sup>519</sup>. Se trata de un bloque

---

<sup>519</sup> La recepción que hace la Propuesta de las tendencias europeas queda puesta de manifiesto por ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta”, en ALBIEZ

normativo que regula las cuestiones básicas del régimen de las condiciones generales, situado en sede de contratos y, concretamente, de formación de los mismos<sup>520</sup>.

La definición que contiene la PM varía en algunos aspectos de la consensuada por la doctrina y recogida en los diversos textos. Con una redacción que se separa en parte de la LCGC y los Textos de Derecho europeo de contratos, las condiciones generales se caracterizan por su predisposición, su uso en pluralidad de contratos y la ausencia de negociación individual (en la LCGC se hablaba de imposición, pero este elemento ha desaparecido). Esto es lo que se deduce del art. 1261.1: “*Son condiciones generales las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente*”. Se trata de una definición tomada de los Principios Unidroit<sup>521</sup> que altera términos utilizados tradicionalmente en este concepto y que han sido aceptados tras un cierto debate. Así ocurre con el requisito de que las cláusulas hayan sido “*preparadas*” por una de las partes, que puede llevar a equívocos en aquellos casos en que no hayan sido redactadas por la parte que las utiliza (supuesto de inclusión indiscutida en la actualidad en el ámbito de las condiciones generales, hecho que sí queda claro en la definición del art. 1 LCGC). Tampoco es común que se hable de un “*uso general y repetido*” sino de su inserción en una pluralidad de contratos, y mucho menos que se exija su utilización “*de hecho*”<sup>522</sup>.

Este mismo precepto (art. 1261.1) se destina a introducir las dos reglas de interpretación en materia de condiciones generales por antonomasia: la regla de la prevalencia de las condiciones particulares (“*en caso de contradicción entre una condición general y otra que no lo sea, prevalecerá siempre esta última*”) y la regla de interpretación *contra proferentem* (“*en caso de duda sobre el sentido de una condición general, prevalecerá la interpretación más favorable para el adherente*”, también incluida en el art. 1280.2 PM), ambas concebidas en los términos usuales.

---

DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15 – 25. Por una cuestión cronológica, el texto que ha podido influir es realmente el de los PECL pues es en la parte final de la redacción de la PM cuando aparecen los Principios Acquis y el DCFR (*Ibidem*, p. 18; “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 200).

<sup>520</sup> Sobre las virtudes y defectos de la incorporación del régimen de las condiciones generales en el Código civil; las opciones de regulación –régimen completo en bloque, cuestiones básicas compatibles con la LCGC, inserción desmembrada en la regulación del contrato–; y su ubicación, véase ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 212 – 216.

<sup>521</sup> Art. 2.1.19(2): “*Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte*”.

<sup>522</sup> En este sentido y criticando el concepto de condiciones generales de la PM, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 217 – 218. Una idea que es especialmente reprobada por el citado autor es la presunción de no negociación en todos los contratos que introduce el art. 1261.1 párr. 2º, presunción que califica de excesiva en el tráfico mercantil (pp. 218 – 219).

El control de incorporación de las condiciones generales también consta de los dos elementos tradicionales: la cognoscibilidad y la transparencia en la redacción. Sin embargo, se hace en términos mucho más flexibles que en la normativa actual de la LCGC, hecho que hay que aplaudir. Por una parte, se especifica que las condiciones generales quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes (art. 1261.2). Dicha configuración de este requisito nos recuerda inevitablemente a los PECL, Principios Acquis y DCFR. Hacer alusión a una regla general como podrían ser las “*medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido*” permite adaptar este control de incorporación único –para todo adherente- a las peculiaridades de los distintos sujetos que pueden contratar. Por ejemplo, situaciones como la referida en el Anteproyecto de 1984, que sí contemplaba un diferente control para los contratos entre empresarios, podrían implícitamente verse incluidas: recordamos que en tal texto prelegislativo se presumían incorporadas en los contratos entre empresarios, aunque no existiera una referencia expresa, aquellas condiciones generales de la contratación utilizadas habitualmente en el ámbito de la actividad a que aquellos se dediquen. Pues bien, mediante el criterio de la adecuación de las medidas tomadas por el adherente para entender superado el control formal, se podrá tener en cuenta las características de la contratación mercantil.

Por otra parte, se eliminan los requisitos de referencia expresa a las condiciones generales, facilitación de un ejemplar de las mismas y obtención de la aceptación del adherente mediante firma. Por el contrario, la referencia a las condiciones generales y la firma del adherente cambian de significado. Lejos de ser el requisito para que se entiendan incorporadas las condiciones generales al contrato, el art. 1261.2 deja claro que no garantizan, por sí solas, el cumplimiento del control de inclusión (“*sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes*”). La ya criticada rigidez de los requisitos del art. 5.1 LCGC desaparece pues no sería necesaria siempre la entrega material de los clausulados o la firma del adherente, sino que habrá que estar a lo adecuado de las medidas tomadas por el predisponente. De nuevo, esto permite dar entrada a formas de contratación entre empresarios que, por una relación de confianza o la duración en el tiempo, no se amoldan fácilmente a esos estrictos patrones.

Complemento de la posibilidad de conocer los clausulados predispuestos es la garantía de poder entenderlos mediante el requisito de una redacción transparente. El art. 1261.3 PM mantiene este elemento del control de incorporación señalando que no quedarán incorporadas aquellas condiciones generales cuya redacción *“sea de tal modo oscura o confusa que pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate”*. De nuevo, se introduce un factor de flexibilidad al remitir al “adherente medio” y a las características del concreto contrato en la valoración de la oscuridad<sup>523</sup>.

Se rescata, como novedad, una alusión expresa a las llamadas cláusulas sorprendentes que habían figurado en la regulación de los Anteproyectos y Proyecto de Ley y que, sin embargo, se eliminó en la tramitación parlamentaria. Así, con el art. 1261.3 PM en la mano, tampoco quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales *“que resultaran tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado”*. Y también es una novedad la figura de las “batallas de formularios”, que no quiere dejar sin resolver la Propuesta de Modernización. Se incluye, así, en el art. 1252 PM la solución a aquellos casos en los que ambas partes contratan utilizando sus propias condiciones generales, situación que se da en especial en la contratación entre empresas. El resultado será la existencia de un contrato si se llega a un acuerdo sobre los elementos esenciales, formando parte del mismo las condiciones particulares y las generales que sean sustancialmente comunes, salvo comunicación sin demora en contra. Esta solución está claramente inspirada en los PECL y ratificada por los DCFR, a los que nos remitimos.

Hasta aquí, lo que se refiere al control de incorporación. Aunque hemos visto cambios, el régimen que sufre una verdadera transformación es el del control material. Contenido en el art. 1262 PM, se estructura alrededor de una cláusula general de la buena fe que es de aplicación a las cláusulas no negociadas individualmente (por lo tanto, no solo a las condiciones que se crean para una pluralidad de contratos sino también para aquellas cláusulas pensadas para un contrato en particular) y protege a todo adherente:

*“1. Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato.”*

---

<sup>523</sup> Siendo justos, esta modulación también podría tenerse en cuenta en la aplicación del art. 7.b) LCGC aunque no hable de un adherente medio sino que exija, en general, que las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras ni incomprensibles, salvo aceptación expresa.

*2. El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa”.*

No nos es una redacción ajena pues recuerda a la de los arts. 3 y 4 de la Directiva 1993, el art. 82 TRLGDCU o el art. 4:110 PECL. La buena fe y el equilibrio de prestaciones serán los elementos a tener en cuenta, interpretados a la vista de los criterios que se proporcionan para valorar la abusividad de la cláusula y excluyendo los elementos esenciales de este control de contenido. Y, repetimos, aplicable a todo adherente, ya sea consumidor, ya sea empresario. En cuanto a estos últimos, ha sido objeto de crítica la no inclusión explícita de una referencia a los usos y costumbres comerciales entre los criterios a valorar<sup>524</sup>.

Aunque a través de la alusión a las “*circunstancias concurrentes*” en el momento de celebración del contrato del art. 1262.2 PM se podrían llegar a tener en cuenta las especialidades del tráfico jurídico empresarial, no deja de ser una referencia en exceso genérica. Contrasta con ello, recordemos, la importancia que tienen en el Derecho alemán los “*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*”, precisamente para tener en consideración estas particularidades en la aplicación de su control de contenido basado también en una cláusula general de la buena fe, tal y como expresamente dispone el § 310.1 BGB<sup>525</sup>. Los usos y costumbres vigentes en el comercio servirían, así, como criterio de diferenciación respecto de los contratos con consumidores pero también entre tipos de empresarios adherentes, en función de su necesidad de protección. Es más, como vimos en el último epígrafe dedicado al ordenamiento jurídico alemán, algunos autores recientemente, en defensa de una diferenciación todavía más marcada, han abogado por incluir una última frase en la que se incida de nuevo en la diferencia que supone el tráfico jurídico entre empresarios<sup>526</sup>.

Para concretar esta cláusula general el apartado 3º del art. 1262 PM enumera una serie de cláusulas que, en todo caso, son abusivas<sup>527</sup>. Nótese que no es una lista exhaustiva por cuanto dice el precepto “*entre otras*”. Esta lista de cláusulas abusivas, que vendría a ser una lista negra, recoge una serie de casos en los que se cumple el supuesto contemplado en la

<sup>524</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 227.

<sup>525</sup> *Vide supra* Primera parte. Capítulo II. I. 4.2.

<sup>526</sup> Ante lo que algunos autores han entendido como un progresivo exceso de aplicación del control de contenido en contratos entre empresarios por parte de los tribunales (Primera parte. Capítulo II. I. 4.3)

<sup>527</sup> Poniendo de manifiesto su abierto desacuerdo con esta lista de cláusulas no susceptible de valoración, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 229 – 230: se trata de una medida en exceso protectora que limita que los jueces puedan valorar las circunstancias concretas del contrato, las partes y el sector concreto en el que se enmarca el clausulado predispuesto, algo necesario en la contratación mercantil.

cláusula general pues el desequilibrio que generan entre los derechos y obligaciones de las partes es tal que no puede ser sino contrario a la buena fe. De hecho, la mayoría de ellas (que también figuran en la legislación de consumo) podrían ser declaradas nulas por contravenir una norma imperativa, tal y como tendremos ocasión de analizar en este trabajo. Las cláusulas que en todo caso considera la PM abusivas son:

- “a) Las que excluyan o limiten la responsabilidad legal del predisponente en caso de muerte o daños en la persona del adherente debidos a una acción u omisión de aquel.*
- b) Las que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente, en caso de dolo o de culpa grave.*
- c) Las que excluyan o limiten la responsabilidad del predisponente por actos de sus representantes y auxiliares, en caso de dolo o de culpa grave.*
- d) Las que priven al adherente de la excepción de incumplimiento o de la resolución por incumplimiento.*
- e) Las que excluyan o limiten la facultad legal del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente.*
- f) Las que excluyan o limiten al adherente la facultad de consignación en los supuestos y con los requisitos establecidos en la ley.*
- g) Las que concedan al predisponente facultades exclusivas de interpretación del contrato.*
- h) Las que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada.*
- i) Las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual.”<sup>528</sup>*

---

<sup>528</sup> Sin perjuicio del capítulo siguiente, se puede sin mucha dificultad identificar una contravención a la moral en la letra a), una vulneración del art. 1102 Cc en las letras b) y c) o una contradicción con el art. 1476 Cc respecto a la consignación (letra f)) y con los arts. 1281 y siguientes y art. 6 LCGC, en cuanto a las facultades de interpretación de la letra g).

Aunque esta lista negra de cláusulas abusivas se aplica tanto a contratos con consumidores como entre empresarios, podemos establecer una comparación con la lista de cláusulas en todo caso prohibidas que el art. 18 de la Ley portuguesa de cláusulas generales establece para los contratos mercantiles (al final, y existiendo una norma que protege especialmente a los consumidores, parece que la lista del art. 1262 PM donde puede tener mayor relevancia es en el ámbito de los contratos entre empresarios). No hay excesivas diferencias entre ambos listados, pues también en la norma portuguesa se prevé la nulidad de las cláusulas de limitación o exclusión de responsabilidad por “daños a la vida, integridad moral o física o a la salud de las personas”; de responsabilidad por “no cumplimiento definitivo, mora o cumplimiento defectuoso” o “por actos de representantes o auxiliares”, en el caso de dolo o culpa grave; cláusulas que atribuyan “facultades exclusivas de interpretar cualquier cláusula del contrato”, o que excluyan o limiten la “excepción de no cumplimiento o la resolución por incumplimiento”, las facultades de compensación admitidas en la ley o las de consignación,

Esta lista de cláusulas abusivas sin margen para valoración se completa con el apartado 4º del art. 1262 PM, que supone la gran novedad –tanto nacional como en el panorama comparado- de erigir al Derecho dispositivo como límite expreso a la autonomía de la voluntad. Según reza el texto, “*se presumen abusivas las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables*”. Se trata de dar expresamente entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la idea que manifestó en su momento DE CASTRO: aunque el Derecho dispositivo se diferencia del imperativo en que, en principio, puede ser derogado mediante pacto de las partes, representa la regulación normal, la mejor composición de intereses ponderada por el legislador, por lo que tiene un cierto carácter imperativo y no puede ser desplazado sin razón suficiente<sup>529</sup>. De esta forma, la cláusula general de la buena fe se ve apoyada por una lista de cláusulas automáticamente abusivas y por una presunción de abusividad, no referida a un listado concreto de cláusulas “grises” –susceptibles de valoración- sino directamente al Derecho dispositivo como parámetro respecto del que evaluar la desviación de las cláusulas.

La postura del adherente profesional queda, en resumen, muy protegida con este marco normativo, ya no solo por la incorporación de un control de contenido sino porque éste, además, está concebido en términos muy amplios<sup>530</sup>. La enumeración de las cláusulas “negras”, aunque representan, de forma más o menos concluyente, una concreción de vulneraciones de normas imperativas, ayuda a dejar clara su abusividad. Por otra parte, cualquier desviación del Derecho dispositivo deberá estar justificada para que la cláusula no se presuma abusiva, es decir, para que el desequilibrio que genera –en tanto en cuanto se aparta de la ecuanimidad que representan las normas dispositivas- no se entienda que es contrario a la buena fe (interpretando esta presunción de forma conjunta con la cláusula general de la buena fe).

Pues bien, cabe plantearse si la intensidad y configuración de este control es la adecuada en contratos en el ámbito mercantil. Al fin y al cabo, el mayor impacto de esta normativa sería para los contratos entre empresarios, en la medida en que los contratos de consumo ya

---

así como aquellas que “consagren la posibilidad de cesión de la posición contractual, transmisión de deudas o de subcontratar” en determinados casos. Entre las no citadas en el proyecto español se pueden señalar la exclusión o limitación de responsabilidad por daños patrimoniales extracontractuales, del derecho de retención o las que establezcan obligaciones con duración perpetua o cuyo tiempo de vigencia dependa solo de la voluntad del predisponente.

<sup>529</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales...”, op. cit., pp. 333 – 334.

<sup>530</sup> En cuanto al adherente consumidor o usuario, el art. 1262.5 PM expresamente remite a la legislación especial de consumo, que será aplicable en todo caso a este tipo de contratos.



tienen su propia regulación especial –sin perjuicio de que esta también le sea de aplicación-. Tal y como queda configurado sería un control de contenido más intenso incluso que el previsto en el ordenamiento portugués, puesto que aquí se incluye un mandato de presunción de abusividad, no de una serie de cláusulas susceptibles de valoración en función del “*quadro negocial padronizado*”, sino, en general, de cualquier desviación respecto del Derecho dispositivo. En el fondo, esta idea es la que late en la cláusula general de la buena fe y su exigencia de un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes. Si el Derecho dispositivo es la mejor composición de intereses y la representación de la regulación equilibrada, un alejamiento de ese Derecho dispositivo supondrá un desequilibrio. Lo primero que hay que señalar es que, del texto literal de los dos artículos y antes de recurrir a ningún criterio hermenéutico, la diferencia que hay entre el art. 1262.1 y el 1262.4 PM es que, mientras que en el primer caso se habla de un desequilibrio significativo, en el caso del apartado cuarto se hace una referencia abierta a cualquier desequilibrio. Es decir, aunque luego pudiera ser objeto de prueba en contra y no ser considerada finalmente abusiva una cláusula que suponga una desviación leve respecto del Derecho dispositivo –esto es, lo que vendría a ser un desequilibrio leve-, se impondría de primeras su presunción de abusividad. Esto, en un escenario como el del tráfico mercantil, del que siempre se ha predicado la necesidad de una cierta flexibilidad y en el que la existencia de un pequeño desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes podría incluso llegar a entenderse como un ingrediente más de la propia actuación de los agentes en el mercado. Es cierto, podría alegarse, que en la contratación mediante condiciones generales la protección al adherente se justifica, precisamente, por la ausencia de autonomía de la voluntad y de ahí que el contenido pueda ser controlado porque no es el resultado de una autodeterminación bilateral. Es decir, no se trata estrictamente de que una parte negocie mejor que otra sus intereses porque el problema es que aquí no ha habido tal negociación. Sin embargo, puede resultar exagerada esta presunción en el ámbito empresarial porque leves desviaciones pueden ser comunes en la contratación entre empresarios (por ejemplo, por los usos y costumbres mercantiles) y, aunque luego evidentemente éstos supondrían una justificación para el contenido de la cláusula, de primeras, es cuestionada. La solución tendría que pasar por una interpretación sistemática de los dos artículos, poniendo en conexión el desequilibrio del art. 1262.4 PM con el de la cláusula general de buena fe (art. 1262.2 PM), que exige para la nulidad que el

desequilibrio sea *significativo* y que lleva a concluir que no bastaría una leve asimetría para hacer entrar en juego la presunción de abusividad<sup>531</sup>.

¿Qué implica el art. 1262.4 PM? En primer lugar, vincular al juez al Derecho dispositivo como modelo respecto del que tiene que valorar el equilibrio del contrato, excluyendo cualquier otra composición particular del operador jurídico. Sin embargo, la Propuesta no se limita a establecer la identificación entre el “equilibrio de derechos y obligaciones” y el “Derecho dispositivo” en el caso de las condiciones generales sino que tiene una consecuencia más allá: todo lo que se aparte significativamente de este Derecho no de *ius cogens* es nulo de partida por abusivo. Se facilita de esta forma la declaración de abusividad de una cláusula (es lo que se presume) y se impone al predisponente la carga de la prueba para la defensa de su validez. Por ejemplo, ante una condición general que limita un derecho del adherente –reconocido por la normativa dispositiva- pero que se ve compensada posteriormente con la atribución de otro, la cláusula sería abusiva a menos que el predisponente logre destruir la presunción legal.

En este sentido, es de notar que el ámbito de aplicación del apartado referido al Derecho dispositivo es el de las condiciones generales (art. 1262.4 PM: “*se presumen abusivas las condiciones generales...*”), mientras que el control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe está pensado para todas las cláusulas no negociadas individualmente, con independencia de que su destino sea un contrato en particular o una pluralidad de contratos. La razón de que el ámbito objetivo de aplicación de la presunción de abusividad por contravenir el Derecho dispositivo sea menor que el del control general, entendemos que puede estar relacionada con intentar limitar de algún modo la aplicación de esta presunción de abusividad tan protectora para el adherente. Al fin y al cabo, aun cuando suele coincidir que una cláusula no negociada individualmente es una cláusula prevista para la contratación en masa, el concepto de condición general es más restringido que el de cláusula no negociada individualmente y, como sabemos, el requisito de previsión para una

---

<sup>531</sup> Nótese que el TRLGDCU (que sería también de aplicación con la PM, en su caso, en virtud de la remisión del art. 1262.5) señala una lista de cláusulas –presumiblemente o de forma directa- abusivas que no es exhaustiva, es decir, cualquier otra desviación puede ser abusiva pero, eso sí, pasando por la aplicación de la cláusula general de la buena fe, que exige un desequilibrio, en este caso, “*importante*” (art. 82.1 TRLGDCU, paralelo al 1262.1 PM). De otra forma, podría darse el caso de que una cláusula fuera abusiva por el art. 1262.4 PM y no por la legislación especial de consumo.

Hay quien ha puesto de relieve que, a la vista del art. 1262.4 PM, y si bien el consumidor tiene su propio régimen, en teoría, más beneficioso, podrían darse situaciones en las que los criterios de la norma general le fueran más favorables (CARBALLO FIDALGO, M., *Las condiciones generales de la contratación en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011).

pluralidad de contratos no deja de ser un claro indicio o garantía de una verdadera ausencia de negociación.

En este trabajo se ha defendido indudablemente desde el inicio la necesidad de un control de contenido específico también en el tráfico mercantil cuando se contrata mediante condiciones generales. Esta protección residiría ya realmente en el art. 1262.1 PM, con la cláusula general de la buena fe y en la lista negra de cláusulas que, en todo caso, se consideran abusivas. Ambas piezas de control le son de aplicación a cualquier adherente y, por tanto, también al empresario. A través de esa exigencia de equilibrio ya está representada la idea del Derecho dispositivo, parámetro con el que hay que medir la desviación o proporcionalidad de una cláusula predispuesta. Sin embargo, también se ha dicho que el control a favor del adherente empresario tiene que tener en cuenta las diferentes necesidades de protección. En todo caso, si se va a introducir una previsión de esta naturaleza –la presunción de abusividad del apartado 4º- para todo adherente en general<sup>532</sup>, no solo complementaria al control de la cláusula de la buena fe sino también de mayor intensidad que aquélla –pues no sirve simplemente para indicarle al juez el modelo con el que comparar-, quizás debería ir acompañada de otras acotaciones que guiaran y/o vincularan al juez a la hora de determinar qué separación del Derecho dispositivo se puede considerar como significativa o qué compensación al desvío realmente está justificada, a la vista de las características del adherente concreto. La posición y particularidades de las partes se dejan fuera de la definición de condiciones generales de la contratación pero no de la valoración de la necesidad de protección. A este respecto, no se pone en duda que dentro de las operaciones que el operador jurídico tiene que llevar a cabo para valorar la abusividad de una cláusula, está también la naturaleza del adherente y las peculiaridades del tráfico mercantil. Esto garantizaría, *a priori*, mantener las necesarias diferencias entre la contratación de consumo y la contratación empresarial así como dentro de la propia contratación empresarial<sup>533</sup>. Sin embargo, repetimos, se echa en falta la inclusión de alguna mención más específica que las meras “*circunstancias concurrentes en el momento de su celebración*” y que supusiera una vinculación al operador jurídico para llevar a cabo esta tarea de delimitar las distintas situaciones, como existe (“*geltenden Gewohnheiten und*

<sup>532</sup> Un nivel tan elevado de protección no se ha pensado antes ni siquiera para el consumidor: el TRLGDCU recoge la presunción de abusividad de una serie de cláusulas concretas que conforman la lista gris pero que, aun siendo muchos los supuestos, no abarcan tanto como todo el Derecho dispositivo en su conjunto.

<sup>533</sup> De hecho, la única normativa sectorial en contratos entre empresarios en la que se ha adoptado, en el caso de contratos mediante condiciones generales, una solución similar a la de la PM (imposibilidad de pacto en contrario de la norma salvo que resulte un beneficio para el adherente), es la Ley 15/2009, de contrato de transporte terrestre, y lo hace porque se trata de un ámbito de constatada gran desigualdad entre las partes.

*Gebräuche*”) –y se propone incluso intensificar (v. gr. “*die Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs*”<sup>534</sup>)- en el Derecho alemán. Es más, venimos de ver cómo en la doctrina alemana se empieza a criticar de forma creciente a una jurisprudencia que, con unos mimbres mucho más limitados que los que tendrían los Tribunales españoles con el art. 1262 PM, han construido una tendencia a la equiparación entre ambos tipos de contratos. El modelo alemán de condiciones generales de la contratación ha sido siempre un ejemplo y su desarrollo con éxito durante tantos años es un hecho que sirve para refutar los argumentos alguna vez esgrimidos y que vinculaban al control material con un perjuicio para la economía. Pero, eso sí, parecen decir los críticos, aplicado sin perder de vista el mandato del legislador de diferenciación entre consumidores y empresarios adherentes. El indudable aumento de protección que supone la presunción de abusividad del art. 1262.4 PM para todo adherente –y, por motivos obvios, con una especial repercusión en el caso del adherente no consumidor-, parece que va en sentido contrario<sup>535</sup>.

Un último apunte. Aunque ya fuera del ámbito de las condiciones generales de la contratación, antes de terminar nos parece interesante destacar el art. 1301 PM que introduce expresamente la anulación del contrato por ventaja excesiva (recordamos que los PECL, art. 4:109 y el Proyecto de Pavía, art.30, recogen una figura similar). A tal efecto, una de las partes puede anular el contrato si en el momento de celebración del mismo se ha producido una ventaja excesiva para una de las partes por haberse aprovechado de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, de ignorancia, inexperiencia o falta de previsión de la otra parte. Como alternativa a la nulidad está la posibilidad de adaptación del contrato por el Juez de tal manera que se ajuste a las exigencias de la buena fe y lo usual en el tráfico jurídico. No se trata de una norma pensada para las condiciones generales puesto que se aplica a todo contrato pero sí que se esconde en su fundamento la idea de que los contratos no se pueden construir sobre un desequilibrio excesivo y un abuso de la parte débil de la relación jurídica<sup>536</sup>.

## 2. La Propuesta de Código Mercantil de la Sección de Derecho Mercantil

De forma paralela a la Sección de Derecho Civil, la de Derecho Mercantil ha estado trabajando en un ambicioso texto que ha visto la luz en julio de 2013 bajo el título

---

<sup>534</sup> BERGER, K. P., “Für eine Reform...”, op. cit., pp. 469. Nos remitimos, en todo caso, al último epígrafe del estudio del ordenamiento jurídico alemán.

<sup>535</sup> Respecto de esta presunción, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 227, apunta que supondría un exceso de protección no necesaria del adherente; CARBALLO FIDALGO, M., *Las condiciones generales...*, op. cit., por su parte, la califica de “*una auténtica bomba de relojería*”, concebida así, para todo adherente.

<sup>536</sup> Recordamos, en este punto, a nuestra Ley de Usura de 1908, sustentada sobre los mismos principios.

*Propuesta de Código Mercantil*<sup>537</sup>. Con una vocación claramente expansiva, se introducen materias que hasta ahora carecían de regulación legal o cuya regulación legal se encontraba en el Código civil, como norma de Derecho general supletorio, o en leyes especiales. La delimitación de la materia mercantil se realiza a partir de un concepto clave que es el de “mercado”, de tal forma que todo lo que actúa o interactúa en el mercado, se considera mercantil. El proyecto, con cerca de 1900 artículos, ha causado un revuelo en la comunidad científica, tanto para los detractores como para los partidarios del mismo<sup>538</sup>.

En lo que a la materia objeto de este trabajo respecta, no vamos a profundizar en la poca conveniencia de incluir en la legislación mercantil la regulación de las condiciones generales de la contratación, materia que constituye una parte de la teoría general de las relaciones contractuales y que, por tanto, de unificarse su régimen en un único texto, el más adecuado sería el Código civil. Para ello nos remitimos al trabajo de ALBIEZ DOHRMANN, cuyas palabras suscribimos punto por punto<sup>539</sup>. Pasando por alto esta cuestión y entrando en la regulación concreta que se ha previsto en la propuesta y que ha pasado a formar parte sin modificaciones del texto del Anteproyecto de Ley del Código mercantil aprobado por el Consejo de Ministros<sup>540</sup>, no podemos por menos que ser críticos con el planteamiento que en ella se hace de las condiciones generales de la contratación.

Conviene recordar lo expuesto en los epígrafes anteriores y traer a colación las críticas que ha cosechado la LCGC por parte de la doctrina desde su publicación en 1998. También la tendencia de nuestros ordenamientos jurídicos vecinos en la materia así como la de los textos europeos de Derecho de contratos, todos en la misma dirección y, con matices, bajo unos mismos parámetros. Parámetros que, como hemos visto y como no podía ser de otra manera, se tienen en cuenta en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección de Derecho civil en su regulación de las condiciones generales de la contratación. Pues bien, siendo éste el estado de la cuestión, nacional y europeo, resulta

---

<sup>537</sup> Acceso al texto en la página del Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>

<sup>538</sup> Algunas críticas, a las que, aunque que excede del ámbito de este trabajo, nos sumamos, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación”, *Diario La Ley*, núm. 8172, 17 octubre 2013; ACTUALIZA. Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España, *Alegaciones a la Propuesta de Código de Mercantil*, Madrid, 11 de noviembre de 2013; GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero – marzo, 2014, pp. 7 – 27.

Trabajos más descriptivos que valorativos, ANAYA, G., “Propuesta española de Código mercantil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013; SALAS CARCELLER, A., “El nuevo código mercantil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014.

<sup>539</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Primeras observaciones a la Propuesta...”, op. cit.

<sup>540</sup> Aprobado el 30 de mayo de 2014.

sorprendente la ruptura con esta tendencia que supone el Libro Cuarto, “*De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*”, Título III, “*De las condiciones generales de la contratación*”, arts. 430-1 a 430.4 (y, repetimos, dejando a un lado el propio asunto de la inclusión de esta materia en la legislación mercantil).

La definición del concepto “*condiciones generales de la contratación*” ocupa los dos apartados del art. 430-1 del Anteproyecto. En el primero, se señala que son condiciones generales “*las predispuestas por una de las partes para su utilización inalteradas en una o varias categorías de contratos*”, explicación que se complementa con el segundo apartado, según el cual dejan de ser generales las condiciones “*cuando durante la formación o modificación de un contrato se someten a negociación individualizada o negociación competitiva*”. Además de lo extraño de la configuración del concepto en dos apartados, cuando tradicionalmente se ha venido redactando la definición de forma unificada y con un resultado bastante más claro, ciertos términos utilizados llaman la atención por no ser usuales y, aquí viene el problema, confusos. Así, que las condiciones que se utilicen en una pluralidad de contratos tengan que estar “*inalteradas*” parece que es un requisito que cae por su propio peso. Si por condiciones generales inalteradas hay que entender que el contenido final de los contratos no modifique el texto impuesto por el predisponente, es obvio porque, de lo contrario, como apunta ALBIEZ DOHRMANN, habría negociación<sup>541</sup>. Si con “*inalteradas*” se ha querido indicar que el texto predispuesto que se impone en la pluralidad de contratos tiene que ser el mismo en todos ellos, también es de cajón: si no, no estaríamos ante condiciones generales de la contratación sino ante cláusulas predispuestas para un contrato en particular, es decir, cláusulas no negociadas individualmente. Del mismo modo, es confusa la sustitución de la referencia a la pluralidad de contratos por la expresión “*una o varias categorías de contratos*”. Desconocemos si pretende incluir alguna connotación pero no acaba de ser clara la mención a las categorías de contratos pues un texto de condiciones generales puede tener distinto sentido en función del tipo de contrato (objeto, destinatario) en el que se insertan<sup>542</sup>. Por último, si bien es sabido que la “*negociación individualizada*” excluye la aplicación del régimen de condiciones generales, nos es totalmente ajeno el nuevo concepto de “*negociación competitiva*”. Como es conocido, la existencia de un mercado competitivo no excluye, *per se*, los problemas que están en la base de la contratación mediante condiciones generales porque la diferencia de

---

<sup>541</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 4.

<sup>542</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 4 – 5.

fuerza entre las posiciones de predisponente y adherente puede seguir siendo sustancial y, de hecho lo es, en general, cuando el adherente es un pequeño o mediano empresario<sup>543</sup>.

Todavía una valoración más negativa nos merece el control de incorporación que se configura en el art. 430-2 de la Propuesta. “*Las condiciones generales únicamente forman parte de un contrato cuando se produce su incorporación voluntaria al mismo*”, reza el primer apartado del precepto. No es que sea técnicamente incorrecto como tal, pero hablar de incorporación “voluntaria” en un ámbito como el de la contratación mediante condiciones generales, en el que la participación de la voluntad del adherente no es precisamente lo característico (más allá de que, obviamente, existe consentimiento para contratar porque, de otra forma, no habría negocio jurídico), rechina un poco. Y el caso es que, después de esta primera afirmación, no nos queda muy claro cómo se entiende que se produce dicha incorporación “voluntaria”.

Los apartados segundo y tercero del art. 430-2 nos dicen que “2. *La incorporación voluntaria de las condiciones generales puede producirse mediante su firma por las partes o mediante remisión explícita a ellas en el contrato o en otra documentación contractual.* 3. *Cuando la incorporación voluntaria de las condiciones generales tenga lugar por remisión, cualesquiera de las partes deberá tener previamente la posibilidad de acceder a su contenido bien por disponer de un soporte en el que figuren las condiciones generales bien por tener acceso al sistema de información en el que se encuentren accesibles y recuperables en soporte duradero*”. Se regula, de esta forma, el conocido por nosotros requisito de la cognoscibilidad de las condiciones generales. Sin embargo, surgen ciertas dudas. Se dice que la incorporación *puede* (no *debe*) producirse por la firma de las partes o remisión explícita a ellas. ¿Significa que son las únicas dos posibilidades de entender que las condiciones generales se han incorporado “voluntariamente” al contrato? ¿Hay alguna otra forma para entender cumplido el requisito? En el caso de la incorporación de las condiciones generales mediante su firma, ¿deben estar incluidas en el documento contractual o cabe la posibilidad de que formen parte de uno independiente?<sup>544</sup>. Es cierto que el hecho de no imponer la firma y permitir la remisión explícita a ellas supone reducir la rigidez del régimen contenido en el art. 5.1 LCGC, ya criticado en líneas anteriores,

<sup>543</sup> Como certeramente señala ALBIEZ DOHRMANN (*Ibidem*, op. cit., p. 5), “no sé si con ello se quiere decir que la competitividad en el mercado no siempre impide la negociación cuando quienes compiten entre sí son empresas, pero las pequeñas y medianas empresas poco margen de negociación tienen frente a las grandes empresas, por muy competitivas que sean”. En todo caso, nos remitimos al primer epígrafe acerca del fenómeno de la contratación mediante condiciones generales y el efecto de la competencia.

<sup>544</sup> Entendemos que, si es posible directamente la remisión sin firma a otro documento, con mayor razón también su firma en ese otro documento separado del contrato.

precisamente en la contratación entre empresarios, y permitir, para todo contrato y no solo en los no formalizados por escrito, una solución flexible más próxima a lo que podría ser el art. 5.3 LCGC. Sin embargo, un elemento clave del control de las condiciones generales como es el de incorporación -que, además, en concreto en este Anteproyecto es el único pues no se prevé control de contenido- debería ser más claro<sup>545</sup>.

El artículo 430-3 se cierra con un segundo apartado del que cabe señalar dos cuestiones. Por una parte, la inclusión en el texto de lo que pudieran ser las cláusulas sorprendentes y, por otra, una somera referencia a la redacción de las condiciones generales. La Propuesta declara sin eficacia *“aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente”*<sup>546</sup>. Es la referencia a la redacción la única vinculada a lo que podría ser un deber de transparencia que, como hemos visto, no se ha incluido junto con el de cognoscibilidad. Por otra parte, el hecho de que la ineficacia venga generada por la falta razonable de previsibilidad, nos hace recordar la regulación de las cláusulas sorprendentes. ALBIEZ DOHRMANN hila más fino y apunta que se ha creado una nueva categoría de cláusulas distinta a las sorprendentes: las imprevisibles. En este sentido señala que una cláusula oscura o escondida solo será ineficaz si no es previsible, del mismo modo que una cláusula que sea usual en el mercado -y, por tanto, no razonablemente imprevisible- tendría validez aunque fuera abusiva<sup>547</sup>.

Y el control de incorporación termina con un conflicto que normalmente se incluye dentro de los problemas de la incorporación, del que ya nos hemos ocupado en otros textos y que es la llamada batalla de formularios. Es decir, cuando ambas partes contratan con sus propias condiciones generales sin que sean del todo compatibles entre sí. Al ser un

---

<sup>545</sup> ALBIEZ DOHRMANN, *ibidem*, op. cit., pp. 5 – 6, llega a afirmar que *“la lectura del art. 430-2 de la Propuesta mercantil debe sorprender a cualquiera que sea conocedor del Derecho de las condiciones generales de la contratación”*.

<sup>546</sup> No está muy claro a qué se refieren los criterios que tienen que ser previsibles. Parece que el contenido de este artículo proviene de los Principios UNIDROIT. En este sentido, PERALES VISCASILLAS (*“La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de Unidroit”*, *Diario La Ley*, 1996) asocia la misma redacción al art. 2.20 de los Principios en su versión de 1994. La literalidad del principio, referido a las cláusulas sorprendentes, es: *“(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”*. Si partimos de esta asociación, entendemos que cuando se habla en la Propuesta actual de *“redacción material”*, es en referencia al *“lenguaje”*, de igual modo que la *“redacción formal”* lo hace a la *“presentación”*. Es decir, que tanto el contenido, como el lenguaje y la terminología, así como la presentación y formulación, tienen que ser previsibles (UNIDROIT, *Comment on 2.20 Article, Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 1994, pp. 58 – 60. Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>).

<sup>547</sup> ALBIEZ DOHRMANN, *ibidem*, op. cit., pp. 6 – 7.



problema típicamente mercantil, el art. 430-5 no ha querido que siguiera sin solución expresa y plantea una regla. Pero, a pesar de lo acertado de tener en cuenta esta cuestión, de nuevo la pauta a seguir difiere de las que se han venido adoptando en los textos de Derecho europeo de contratos. Y es que mientras que, como hemos visto, tanto los textos de Derecho europeo como la Propuesta de Modernización del Código civil tienden por un criterio de incorporación de las condiciones generales al contrato en la medida en que sean coincidentes, la Propuesta de Código mercantil opta por la regla de la última palabra, de tal forma que el contrato quedará formado por los términos de la oferta y las condiciones generales contenidas en la aceptación, que pasarán a formar parte del contrato a menos que el oferente, sin demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido.

No cabe decir mucho respecto de las reglas especiales de interpretación previstas para los contratos mediante condiciones generales pues el art. 430-4 recoge los dos criterios tradicionales: la regla de la prevalencia (*“las condiciones particulares prevalecen sobre las condiciones generales”*) y la regla *contra proferentem* (*“las dudas que susciten las condiciones generales se resolverán conforme a las reglas de interpretación establecidas por el presente Código. En su defecto, se resolverán a favor de la parte que aceptó las condiciones”*). Aunque en todas las definiciones normalmente se habla del *“adherente”* y no de *“la parte que aceptó”*, no debe sorprender pues en ningún momento de la regulación de las condiciones generales se habla de *“predisponente”* y *“adherente”* sino de *“partes”* en general.

Y hasta aquí llega la regulación de la contratación mediante condiciones generales pues, más allá de lo apuntado respecto de la incorporación y las reglas de interpretación, no encontramos otro control más. De nuevo, al igual que en el caso de la Ley de 1998, los contratos entre empresarios se quedan fuera del control material o de contenido sin que puedan ser declaradas abusivas aquellas cláusulas contrarias a la buena fe, prácticas comerciales o criterio similar. Como hemos visto, el único avance sería la protección frente a aquellas cláusulas cuyo contenido fuera imprevisible, pero no por el contenido en sí sino por el factor sorpresa, factor que con la simple *“aceptación”* se elimina pasando la cláusula a formar parte del contrato con independencia de que su contenido sea abusivo. Es decir, aquellos empresarios adherentes que nosotros consideramos necesitados de una protección material –pequeños empresarios parte débil de la relación– se quedan, realmente, sin la protección que es de verdad eficiente: difícilmente garantice su libertad de contratación la

aceptación “voluntaria” de un clausulado predispuesto o la aceptación expresa de una cláusula imprevisible si su contenido es desproporcionado.

Se puede fácilmente comprobar que la dirección del texto mercantil, en lo que a control de condiciones generales entre empresarios se refiere, discrepa totalmente de la mantenida, no solo por la propuesta civil sino también por los distintos textos de Derecho europeo, que son indicativos de la tendencia actual.

#### IV. LEGISLACIÓN SECTORIAL

Hasta aquí, el marco normativo general de los contratos por predisposición. Sin embargo, no podemos obviar la existencia de ciertos sectores en los que se contrata de forma habitual y en su mayoría mediante condiciones generales (según los ámbitos, los adherentes pueden ser consumidores o empresarios o bien solo empresarios). No es de extrañar, por lo tanto, que existan leyes sectoriales que también contemplen este fenómeno e incorporen normas concretas que suponen límites a la autonomía de la voluntad de los contratantes –más bien, del predisponente-. Algunos de los ámbitos en los que nos vamos a detener se han mencionado ya en líneas anteriores por su íntima y tradicional vinculación con los contratos en masa, como es el caso del contrato de seguro o el contrato de transporte, especialmente, el marítimo. La Ley de lucha contra la morosidad, por su parte, es una más reciente transposición de una Directiva europea e incluye medidas que suponen un control de contenido en determinadas relaciones en las que puede haber un desequilibrio, aunque no limitado a los contratos sin negociación, como veremos. Por último, en el estudio del régimen de la contratación mediante condiciones generales en el Derecho comparado, han sido recurrentes en la jurisprudencia y la legislación los ejemplos de contratos de distribución (veáse el caso de Francia y su Ley para la Modernización de la Economía, el “*diritto di regresso*” a favor del minorista en el Código civil italiano o la figura similar en el Nuevo Código civil Holandés). Es un sector en el que de forma típica se utilizan contratos predispuestos y en el que es frecuente que entre las distintas partes de la cadena distributiva exista una gran diferencia de poder de negociación. Comenzamos por el primero citado, el contrato de seguro.

## 1. La Ley 50/1980, de contrato de seguro

Un contrato que no nos es desconocido es el contrato de seguro. Ha sido mencionado en diversas ocasiones, en especial al citar jurisprudencia en materia de interpretación de contratos. No en vano, se trata de uno de los sectores en los que mayor volumen de litigios se producen en relación con la contratación mediante condiciones generales. La Ley 50/1980, de 8 de octubre (en adelante, LCS), vino a establecer una regulación unitaria para el contrato de seguro dejando atrás la doble normativa civil y mercantil existente hasta la fecha. Así, y aunque determinados contratos de seguro no se rigen por esta norma, se trata de excepciones puntuales, pues la Ley de 1980 tiene una vocación de aplicación generalizada en el sector. Como veremos, el texto legal presenta un perfil claramente protector de la figura del asegurado, lo que viene justificado por la propia estructura del contrato de seguro (pago anticipado de las primas por parte del asegurado frente a una promesa futura del asegurador)<sup>548</sup>, así como por el hecho de que se trata de un contrato que típicamente se formaliza mediante condiciones generales.

La íntima vinculación existente entre el contrato de seguro y la contratación en masa ha sido puesta de manifiesto por doctrina y jurisprudencia y, de hecho, el ser un contrato de adhesión es una de las características que se enumera tradicionalmente al definir este negocio jurídico<sup>549</sup>. En realidad, la razón viene dada por la propia técnica aseguradora pues la explotación del seguro va unida a la asunción por parte del asegurador de los riesgos de una pluralidad de personas. Esto solo es posible si existe una cierta homogeneidad de los supuestos, los riesgos y las primas, homogeneidad para la que son precisas las condiciones generales<sup>550</sup>. No es de extrañar, por lo tanto, que en las primeras regulaciones del contrato

<sup>548</sup> TIRADO SUÁREZ, F. J., “Conveniente –o necesaria- reforma de la Ley Contrato de Seguro”, *Derecho de los negocios*, año 11, núm. 113, febrero 2000, p. 1.

<sup>549</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.; MARTÍN REYES, M. A., “El contrato de seguro”, en FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., *Fundamentos de derecho mercantil*, tomo II, 3ª ed., 1999, <http://vlex.com/vid/contrato-seguro-235363>, p. 4; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., “El contrato de seguro y la actividad aseguradora”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, p. 580; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, Civitas, Navarra, 2010, p. 641; EMBID IRUJO, J. M., “Comentario a los artículos 1, 2 y 3”, en BOQUERA J.; BATALLER, J.; OLAVARRÍA J. (coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 58; CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El control de nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de seguros por los tribunales civiles”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 9, año 41, octubre 2005, p. 10; VEIGA COPO, A. B., “Contrato de seguro...”, op. cit., pp. 5518 – 5519.

<sup>550</sup> GARRIGUES, J., *Contrato de seguro de transporte*, Madrid, 1973, señaló la importancia de las condiciones generales: “La enorme difusión del seguro en la época actual ha conducido, lógicamente, a la uniformidad de los contratos a través de las condiciones generales, las cuales, por un lado, reducen la fuerte competencia entre los aseguradores y, por otro, ofrecen un contenido normativo del contrato mucho más completo que el legal. Técnicamente, cada ramo del seguro funciona sobre la base de la homogeneidad de los riesgos y es lógico que la determinación del riesgo en cada póliza sea igual a la determinación del riesgo en

de seguro –el marítimo- se incluyesen formularios de pólizas<sup>551</sup> o que el hecho de que las sociedades de seguro actuaran a través de la producción en masa de contratos análogos, a finales del siglo XIX, se haya visto como uno de los orígenes de la aparición de las condiciones generales de la contratación<sup>552</sup>. La existencia de condiciones generales es, pues, connatural a la propia noción de contrato de seguro. Al menos en la mayor parte de los casos pues, como veremos, existen supuestos concretos en los que se da algún tipo de negociación entre los contratantes por la igualdad de posiciones entre ambos.

Como en todo contrato mediante condiciones generales, nos encontramos con un predisponente, el asegurador, empresario especializado<sup>553</sup>, y con un adherente, el asegurado, que, por la forma abierta en la que se recoge en la LCS, podría ser tanto consumidor como empresario. E igual que en todo contrato de adhesión, el adherente asegurado es la parte débil a tutelar pues ha permanecido ajeno a la formación y al contenido de las condiciones generales predispuestas, que no se leen en su integridad y que se aceptan en bloque. Esta desigualdad, que podría encajar en cualquier tipo de contrato mediante condiciones generales, posiblemente se acentúa más todavía en el ámbito del sector del seguro, pues el asegurador se encuentra normalmente en una situación singularmente superior en cuanto al conocimiento técnico de los avatares de la relación

---

*las restantes pólizas del mismo ramo*” (p. 9). De nuevo, acerca de la necesaria homogeneización, “[...] cuando la reparación se realiza mediante la distribución del daño en un gran número de patrimonios sometidos al mismo riesgo, solo entonces aparece el seguro en sentido propio, el cual descansa sobre su base de la comunidad de riesgos, que permite una compensación entre todos ellos. Mas para que esta compensación pueda realizarse, la comunidad de riesgos debe ser amplia (cuantitativamente y temporalmente) y debe ser homogénea. La primera de esas condiciones disminuye el azar y llega a anularlo. La segunda exige la agrupación de riesgos de análoga naturaleza, en cuanto a su género, a su frecuencia y a su entidad. Para conseguir esta homogeneidad, el asegurador ha de seleccionar y limitar los riesgos que asume” (pp. 13 – 14). En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 90 – 91.

<sup>551</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3...”, op. cit., p. 91.

<sup>552</sup> URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación mercantil...”, op. cit., p. 224, señala que, en su sentido genuino, no puede decirse que aparezcan las condiciones generales hasta fines del siglo XIX, cuando, entre otros supuestos, las sociedades de seguros se ven forzadas, por exigencias de la propia técnica actuarial, a forzar la producción en masa de contrato análogos.

Es curioso lo relatado por PUJOL, F., Los mercados aseguradores en el gran riesgo de responsabilidad civil, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994, pp. 558 y ss., acerca de los inicios del mercado de seguros *Lloyd's*. Cuando, en el x. XVII, no existían compañías de seguros en el sentido actual, eran los particulares los que aceptaban hacerse cargo de las pérdidas de un buque o su cargamento, firmando debajo de una serie de cláusulas que constituían las pólizas de seguros (de ahí que se les conociera como los *underwriters*) y comprometiéndose de forma personal al pago. El *Lloyd's Coffee House* se convirtió, de esta forma, en el punto de encuentro para aquellas personas que querían obtener una cobertura de seguro y los que estuviesen interesados en hacerse cargo de la misma.

<sup>553</sup> Como señalan URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., “El contrato de seguro y la actividad aseguradora...”, op. cit., p. 566, la industria del seguro “solo puede desarrollarse con garantía de éxito por empresarios expertos en este tipo de actividad y especialmente capacitados para organizar la explotación industrial conforme a un plan racional con el auxilio de métodos estadísticos y ajustados cálculos matemáticos”. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1998, pp. 288 – 299.

jurídica, lo cual tiene especial relevancia en un contrato como el de seguro, particularmente complejo y en el que, como hemos dicho, la prestación del predisponente depende de un evento futuro e incierto<sup>554</sup>. Se comprenderá, por tanto, la preocupación que se observa a lo largo de la LCS por proteger al asegurado. Esta tutela se articula a través de dos vías. Por una parte, el carácter imperativo de la norma -salvo que se trate de cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado y de determinados supuestos en los que expresamente la ley tiene carácter dispositivo<sup>555</sup>-, que se evidencia en el art. 2 LCS<sup>556</sup>. Así, frente a la tradición eminentemente dispositiva que había regido en el Derecho contractual hasta ese momento, se produce un cambio de orientación con el objetivo de proteger a la parte débil de la relación jurídica así como de garantizar una cierta uniformidad y seguridad, a través de un esquema mínimo de contrato que permanezca invariable frente a los posibles contenidos de los distintos clausulados de condiciones generales<sup>557</sup>. Pero de la LCS se ha dicho de forma unánime que ha sido una norma pionera también por incluir en el ordenamiento jurídico español la primera regulación sobre condiciones generales y, concretamente, una serie de controles frente a posibles abusos del predisponente. Así, el art. 3 LCS establece en su párrafo primero que:

*“Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.”*

El contenido de este artículo recuerda mucho a la regulación vigente que hoy conocemos sobre condiciones generales. Efectivamente, pensando en la protección del asegurado como la parte débil de la relación, la LCS introduce en 1980 dos controles, uno de incorporación y otro material.

<sup>554</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., Sobre la imperatividad de la Ley del contrato de seguro, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, p. 2990.

<sup>555</sup> A los que haremos referencia en un momento posterior, los llamados “grandes riesgos” y el reaseguro.

<sup>556</sup> Art. 2 LCS: “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”.

<sup>557</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la imperatividad...”, op. cit., p. 2990.

El control de incorporación común para todas las condiciones generales pasa por la necesaria inclusión de las mismas en la proposición de seguro y en la póliza (o un documento complementario) a lo que se suma la obligación de entrega de un ejemplar y de suscripción del asegurado<sup>558</sup>. Estas formalidades se completan, también en el caso de condiciones particulares, con un requisito de comprensibilidad ya que se exige que la redacción de las condiciones sea “*clara y precisa*”. Nada muy alejado, como vemos, del control de inclusión que hemos manejado en la LCGC y en el TRLGDCU. Pero, en el supuesto de cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, este control formal se refuerza con la obligación de ser destacadas de modo especial y que sean específicamente aceptadas.

El control de contenido, por su parte, se articula a través del concepto de cláusulas lesivas para el asegurado. Aunque nada más se añade a este concepto, se ha aproximado su contenido a la noción actual de cláusulas abusivas que conocemos. Así, una cláusula lesiva será aquella que, sin contrariar los preceptos de la LCS –porque, en este caso, no sería lesiva sino directamente ilegal, dada la imperatividad de la norma que nos ocupa-<sup>559</sup>, coloca al asegurado en una situación de manifiesto e injusto desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes o contra la buena fe<sup>560 561</sup>. La sanción que prevén los

---

<sup>558</sup> “Conviene señalar que el referido art. 3 LCS impone al asegurador el deber de incluir las condiciones generales en la póliza de contrato o en un documento complementario, con la finalidad de facilitar su conocimiento por parte del tomador del seguro. Existe, pues, una doble posibilidad: incorporar las condiciones generales en la póliza o, como acontece en el supuesto de autos, incluirlas en un documento complementario. En este caso y en garantía de que el tomador ha recibido dicho documento complementario, el legislador exige que una copia de dicho documento complementario se entregue al tomador y que esté firmado por éste. Pero ello no exige a la aseguradora guardar copia de todos los documentos complementarios entregados y firmados por los tomadores de seguros, sino que la exégesis del precepto permite concluir, como ha señalado la mejor doctrina, que lo relevante es que exista una declaración suscrita por el tomador del seguro que conoce las condiciones generales y que le ha sido entregado un documento que las incorpora. En el supuesto de autos, dicha declaración consta en la póliza firmada por el tomador” (SAP Barcelona de 28 de diciembre de 2005 [JUR\2006\138229]).

<sup>559</sup> A favor, SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3...”, op. cit., p. 99; VEIGA COPO, A. B., “Contrato de seguro...”, op. cit., pp. 5596; BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 89. En contra, CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997, p. 137, quien entiende que también las cláusulas ilegales son lesivas.

<sup>560</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3...”, op. cit., p. 99. En el mismo sentido, aludiendo a la idea de desproporción, desequilibrio, situación contraria a la buena fe, y a su equivalencia con el concepto de cláusula abusiva, vide también Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, IV, op. cit., p. 641; PAGADOR LÓPEZ, J., Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, *Revista española de seguros*, núm. 87, julio – septiembre, 1996, p. 92; “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 1329 – 1330; CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros...*, op. cit., pp. 140 y ss.; TIRADO SUÁREZ, F. J., “Conveniente –o necesaria- reforma...”, op. cit., p. 3; CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El control de nulidad de las cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 6, 14; EMBID IRUJO, J. M., “Comentario a los artículos 1, 2 y 3...”, op. cit., p. 79; TIRADO SUÁREZ, F. J., “El contrato de seguro”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.), *Derecho mercantil*, II, Ariel, Barcelona, 2009, p. 684; VEIGA COPO, A. B., “Contrato de seguro...”, op. cit., pp. 5594 y ss.

arts. 2 y 3 LCS para las cláusulas que contravengan sus estipulaciones, será la nulidad (de la cláusula en cuestión, conservando el resto del contrato si éste puede subsistir<sup>562</sup>).

Para entender un poco mejor la configuración de ambos controles, nos parece pertinente hacer siquiera alusión breve a una precisión terminológica que ha ocupado arduas discusiones doctrinales y buena parte de las argumentaciones de los tribunales en materia de contratos de seguro. Se trata del deslinde entre cláusulas delimitativas del riesgo, cláusulas limitativas de derechos y cláusulas lesivas. Sin pretender profundizar en la materia, para lo que nos remitimos a los múltiples trabajos publicados al respecto<sup>563</sup>, reproducimos la fundamentación recogida en algunas sentencias relevantes de la Sala Civil del Tribunal Supremo que sientan doctrina en la materia. Así, según la STS de 11 de septiembre de 2006 [RJ\2006\6576], las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que se concreten qué tipos de riesgos son objeto del contrato de seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Las cláusulas limitativas de derechos válidamente constituidas, por su parte, van a permitir limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado y, por tanto, la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido. Respecto a estas últimas, la STS de 27 de noviembre de 2003 [RJ\2003\295] apunta que será “*cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro de los riesgos, si se produce el siniestro*”. Intentando una mayor delimitación de las cláusulas limitativas de derechos, la STS de 15 de julio de 2009 [RJ\2009\4707] señala que su determinación debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato, teniendo en cuenta, entre otros elementos, el alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora.

---

<sup>561</sup> Es de resaltar la importancia de la buena fe en el contrato de seguro. No en vano se ha dicho del mismo que se trata de un “contrato bienhechor” o “*uberrimae fidei contractus*” (GARRIGUES, J., *Contrato de seguro...*, op. cit., pp. 57, 59). El deber de colaboración entre los contratantes común a todos los negocios jurídicos se acentúa en el caso del contrato de seguro de tal modo que, entre otras, el asegurador tiene una especial obligación de proporcionar toda la información relevante para la determinación del riesgo al asegurador y éste, por su parte, ha de redactar con claridad y precisión el condicionado del contrato sin intentar aprovecharse de su situación de superioridad. Al respecto, por todos, GARRIGUES, J., op. cit., pp. 57 y ss.; TIRADO SUÁREZ, F. J., “El contrato de seguro...”, op. cit., p. 580; VEIGA COPO, A. B., “Contrato de seguro...”, op. cit., pp. 5520 y ss.

<sup>562</sup> Llama la atención VEIGA COPO, A. B., “Contrato de seguro...”, op. cit., pp. 5598 y ss., en especial, 5601, sobre la necesidad de intentar evitar que la nulidad se extienda a todo el contrato: “*pequeño sería el favor que se le hace al asegurado si cuando se consiguiera declarar como nula una cláusula que le perjudica en extremo, tuviese que contar al mismo tiempo que con ello se está poniendo en peligro la validez del contrato en su totalidad*”.

<sup>563</sup> Entre otros, PAGADOR LÓPEZ, J., “Régimen jurídico de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 91 y ss.; “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 1322 y ss.; BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación...*, op. cit., pp. 89 y ss., 102 y ss., 121 y ss.; TIRADO SUÁREZ, F. J., “Conveniente –o necesaria- reforma...”, op. cit., pp. 3 y ss.; EMBID IRUJO, J. M., “Comentario a los artículos 1, 2 y 3...”, op. cit., p. 78 y ss.; CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El control de nulidad de las cláusulas abusivas...”, op. cit. p. 12; SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3...”, op. cit., pp. 98 y ss.; VEIGA COPO, A. B., “Presente y futuro de la Ley del contrato de seguro”, *La Ley*, núm. 6385, 23 de diciembre de 2005, p. 6; “Contrato de seguro...”, op. cit., pp. 5586 y ss.

Por lo tanto, las cláusulas delimitadoras del riesgo estarán directamente relacionadas con la prima a pagar en el contrato del seguro pues delimitan la prestación esencial del contrato. No restringen derechos de los asegurados puesto que, al no tratarse de un riesgo cubierto, el derecho nunca llega a nacer<sup>564</sup>. Las cláusulas limitativas, moviéndose en el ámbito del Derecho dispositivo<sup>565</sup>, restringen derechos del asegurado, bien limitando los que la ley o el contrato le otorgan, bien imponiéndole obligaciones adicionales<sup>566</sup>. Por ejemplo, la STS de 20 de abril de 2011 [RJ\2011\3595], en un contrato de seguro en el que el asegurado es una empresa, califica como cláusula delimitadora del riesgo y no limitativa de derechos a aquella por la que se determinaba que el riesgo cubierto no comprendía los daños que se causaran a los trabajos de obra como consecuencia de cualquier lluvia, sino tan solo los daños causados por la lluvia que no fuera previsible en el lugar de la obra y en la época del año en la que ésta se llevara a cabo. Entiende que esta cláusula dota de contenido al objeto y determina el riesgo objeto de cobertura (siendo los daños reclamados derivados de unas lluvias no imprevisibles en la zona, se concluye que se trata de un riesgo no incluido en el objeto del contrato). Por el contrario, en un contrato de seguro multirriesgo entre empresarios, la cláusula por la que se define el concepto de “Beneficio Bruto” de una forma inusual, que se aparta ampliamente del concepto común recogido en el Plan General de Contabilidad, se entiende como limitativa de derechos teniendo en cuenta que se trata de una noción de la que puede depender la cuantía de la indemnización (STS de 17 de octubre de 2007 [RJ\2007\6275]).

Ahora bien, como ha señalado parte de la doctrina, no se trata de dos categorías estancas pues las cláusulas delimitadoras del riesgo pueden ser también limitativas si al determinar el riesgo que cubre el seguro, excluyen siniestros que ordinariamente quedan comprendidos dentro del mismo<sup>567</sup>. Por su parte, también hay que matizar que no todas las cláusulas que limitan derechos son lesivas y, por tanto, nulas. Solo lo serán aquellas que limiten derechos de tal forma que se altere de forma desproporcionada el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes. Una cláusula limitativa que no genere este efecto es perfectamente válida, siempre que haya superado el control de incorporación. Porque ya hemos visto que este tipo de condiciones, además de estar redactadas de forma clara y precisa y estar incorporadas en la póliza –con la obligación de entregar un ejemplar al asegurado y que éste lo suscriba-, deben cumplir unos requisitos adicionales como contrapeso a su naturaleza limitativa de derechos.

---

<sup>564</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3...”, op. cit., p. 107.

<sup>565</sup> *Ibidem*..., op. cit., p. 105; CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El control de nulidad de las cláusulas abusivas...”, op. cit. p. 15; VEIGA COPO, A. B., “Contrato de seguro...”, op. cit., pp. 5591.

<sup>566</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 1326.

<sup>567</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 1328. También, CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El control de nulidad de las cláusulas abusivas...”, op. cit. p. 12.



Así, deben destacarse de manera especial<sup>568</sup> y deben ser específicamente aceptadas por el asegurado<sup>569</sup>.

Por lo tanto, el funcionamiento de los controles de incorporación y contenido quedaría de la siguiente manera. Las condiciones generales delimitadoras del riesgo están sujetas al control formal que podríamos llamar “básico” (claridad de las condiciones, entrega del ejemplar y suscripción de las mismas por el asegurado), pero no así al control de contenido pues están referidas a la prestación, elemento esencial cuyo equilibrio no es controlable. Las condiciones limitativas de derechos, por su parte, están sujetas al control de incorporación reforzado (es decir, además de las obligaciones anteriores, existe el doble deber de ser destacadas de manera especial y la específica aceptación) y, aun superando este control de inclusión, deben pasar un segundo control de contenido, siendo declaradas nulas si se entiende que son lesivas.

PAGADOR ha incorporado un elemento más al control del art. 3 LCS: las cláusulas delimitadoras-limitativas deben sujetarse al control de incorporación reforzado, dada su naturaleza limitativa, pero, además, si bien no cabe un control de contenido respecto de ellas, han de superar la regla de la prohibición de cláusulas lesivas, entendida en el sentido de prohibición de cláusulas sorprendentes, es decir, no deberán considerarse incorporadas al

---

<sup>568</sup> Por ejemplo, en la práctica, mediante una letra diferente, de mayor tamaño, en negrita o subrayado, TIRADO SUÁREZ, F. J., “El contrato de seguro...”, op. cit., p. 684; PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1334. El Servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Planes y Fondos de Pensiones señala al respecto que “*lo que exige que la constancia gráfica en la póliza debe hacerse de modo que se resalten dichas cláusulas limitativas sobre la forma común de redactar la póliza, bien porque se emplea una tipografía especial que llame la atención, bien porque se recojan en apartados especiales que las destaquen sobre la expresión general de la póliza*” (<http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/criterios/servicioreclamacionescriterioscg.asp>)

<sup>569</sup> Esto daría lugar a una “doble firma”, la general de todas las cláusulas contractuales y la específica, relativa a las limitativas. Para SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3...”, op. cit., pp. 108 – 109, parece suficiente la declaración de que determinadas cláusulas, individualizadas por sus números, por ejemplo, se aceptan de forma expresa, sin que sea necesario la aceptación de forma separada respecto de cada una de ellas. No es de la misma opinión PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1335, a quien no le parece bastante una cláusula de referencia genérica a las cláusulas limitativas existentes aunque éstas se concreten de algún modo. En este sentido, podemos citar la SAP Burgos de 12 de febrero de 2002 [JUR\2002\114394], acerca de un contrato de transporte y cláusulas limitativas: “[...] *no es suficiente con la firma del contrato donde se tiene el clausulado general ni siquiera cuando las cláusulas se han destacado de modo especial, con una tipografía distinta o por medio de una impresión en distinto color. Para aprobar las cláusulas lesivas (sic) es preciso una firma específica respecto de las mismas*”. No da por válida la Audiencia la firma en la hoja de las condiciones particulares en la que se había incluido una cláusula genérica del siguiente tenor: “*El tomador del seguro declara haber examinado detenidamente y estar plenamente conforme con el contenido de las presentes Condiciones Particulares e igualmente de las Condiciones Generales y Condiciones Especiales de la póliza, que reconoce recibir en este acto y en las que aparecen destacadas en letra subrayada, las conclusiones y cláusulas limitativas de sus derechos, que acepta expresamente*”. La inclusión en la hoja de condiciones particulares de un “Pacto adicional” por el que el asegurado declaraba aceptar expresamente las condiciones limitativas de sus derechos “*que se destacan en los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14 y 27*”, no es suficiente, a juicio del órgano juzgador para entender cumplida la carga de la firma específica del art. 3 LCS por parte del asegurador.

El Servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Planes y Fondos de Pensiones no ofrece una solución pues se limita a decir que “*el tomador no solo ha de firmar o suscribir la póliza, sino que también deberá constar una mención expresa a dichas limitaciones, indicando que reconoce haber leído y acepta expresamente con su firma las cláusulas limitativas de sus derechos contenidas en el contrato que suscribe*” (<http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/criterios/servicioreclamacionescriterioscg.asp>).

contrato cuando “*de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la modalidad de contrato de seguro de que se trate, delimiten el riesgo objeto de cobertura o la indemnización a que tiene derecho el asegurado de una manera tan insólita o sorprendente que éste no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*” a pesar de que se hayan cumplido los requisitos de forma adicionales<sup>570</sup>. Nos parece interesante traer a colación en este sentido la SAP Barcelona de 19 de enero de 2006 [JUR\2006\238147], pues precisamente relaciona los conceptos de cláusulas delimitadoras y sorprendentes, aunque sea para negar esta última calificación. Se trata de un contrato de seguro suscrito por una entidad transportista para el transporte de bisutería fina y joyería para otra entidad. Dentro de los riesgos cubiertos se encuentra “*la desaparición de las mercancías aseguradas con ocasión o a consecuencia de su transporte*” por diferentes causas (incendio, accidente del camión), entre las que se encuentra el “*robo en cuadrilla y a mano armada, debidamente probado y en tal forma que resultare amenazada la vida o la integridad corporal de las personas que ocupen el medio de transporte*”. No sucede así en el supuesto de hecho pues la mercancía es robada estando la furgoneta de la transportista aparcada en la calle y sin presencia de conductor, concluyéndose la no cobertura del seguro. La Audiencia califica la cláusula de delimitativa y no limitadora y entra a valorar lo usual de la exclusión frente a otras que pueden ser sorprendentes “*ya que chocan con lo que en el mercado se presume que se asegura con el tipo de seguro pactado*”. Atendiendo a esto, pueden calificarse como cláusulas limitativas aquellas que, dentro de la descripción del objeto asegurado, aminoren las garantías que cabría esperar del género del seguro, del objeto principal y de la finalidad económica de la póliza (“*cláusulas sorprendentes*”). No es el caso que nos ocupa: queda claro que la voluntad de las partes fue asegurar la pérdida de la mercancía por distintas modalidades de accidente, fenómenos extraordinarios de la naturaleza y, en caso de robo, solo si fuera con violencia, “*algo usual en los contratos de seguro de transporte, que ordinariamente y con carácter general excluyen los supuesto de pérdida por hurto o robo, cuando responde a no haber adoptado medidas de vigilancia [...]*”. Nos parece la argumentación ilustrativa de la teoría de PAGADOR acerca de cómo el control de lesividad en las cláusulas delimitativas puede existir en el sentido de control de cláusulas sorprendentes.

Siguiendo con la jurisprudencia y para ilustrar los diferentes tipos de cláusulas y controles existentes en la LCS, es de resaltar que son frecuentes las sentencias en las que se declaran cláusulas limitativas nulas por no cumplir los requisitos formales del art. 3 LCS. Así ocurre, por ejemplo, en la STS de 23 de octubre de 2002 [Tol225566]. En un seguro multirriesgo de transportes siendo una cabeza tractora uno de los elementos asegurados, entiende el Tribunal que la cláusula por la que se establece que las reparaciones se tasarán con arreglo al valor real de las mismas “*sin que dicha tasación pueda en ningún momento ser superior al valor venal*

---

<sup>570</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1330.

*del vehículo*” es una cláusula limitativa. Actúa restringiendo intensamente los derechos del asegurado al partir de una primera estipulación que se acomoda a la naturaleza y finalidad propia del seguro concertado (esto es, protegerse ante una situación de riesgo y obtener el reintegro del coste real de la reparación) para desviarse e “*introducir o más bien “colar” la limitación del valor venal como tope máximo de la indemnización*”. Ratifica la argumentación del Tribunal de Instancia que declaró el carácter lesivo para el asegurado de dicha cláusula ya que no había sido expresamente aceptada al faltar la segunda firma. Aunque discrepamos que la falta de uno de los requisitos de inclusión haga a la cláusula lesiva –las cláusulas lesivas serán aquellas que, una vez incorporadas en el contrato, sean abusivas para el asegurado–, el resultado es la no incorporación de la cláusula limitativa por la falta de la doble firma<sup>571</sup>. Lo mismo se puede decir de la SAP Islas Baleares de 24 de octubre de 2013 [JUR\2013\348265], en un contrato de responsabilidad civil suscrito por un empresario dedicado a la construcción. Las cláusulas que restringen uno de los supuestos objeto de cobertura (“*daños causados a inmuebles colindantes con el recinto de la obra*”) cuando se provocan dichos daños en obras de derribo o demolición o son consecuencia de fenómenos atmosféricos son limitativas y, en el caso concreto, nulas por no haber cumplido los requisitos formales del art. 3 LCS<sup>572</sup>.

En muchos casos, sin embargo, el control de incorporación que, por sí solo, justificaría la declaración de ineficacia de la cláusula en concreto, comparte importancia en la argumentación del órgano jurisdiccional con la tan utilizada regla *contra proferentem*<sup>573</sup>. En la STS de 20 de noviembre de 2003 [RJ\2003\8084], conociendo de un contrato de seguro multirriesgo comercios, no se aplica la limitación a la cobertura de la póliza recogida en una

<sup>571</sup> También confundiendo, a nuestro juicio, las cláusulas meramente limitativas con las que pueden llegar a ser lesivas, SAP Burgos de 12 de febrero de 2002 [JUR\2002\114394]: “[...] *Para aprobar las cláusulas lesivas es preciso una firma específica respecto de las mismas*”. La firma es exigida para la incorporación de las cláusulas limitativas, que luego deberán someterse al control de contenido para determinar si son lesivas o no. La lesividad no se convalida con una firma.

<sup>572</sup> En el mismo sentido, STS 17 de octubre de 2007 [RJ\2007\6275], SAP Burgos de 12 de febrero de 2002 [JUR\2002\114394]. También la SAP Castellón de 23 de febrero de 2007 [LA LEY 2711631/2007], declara la nulidad de cláusulas limitativas aplicando el art. 3 LCS a un contrato de seguro marítimo, entre otros argumentos (interpretación *contra proferentem*, finalidad del contratante, principio de universalidad característico del seguro marítimo). La aplicación del art. 3 LCS al seguro marítimo es cuestión debatida entre doctrina y jurisprudencia, dado que, en general, se trata de un contrato entre empresarios de gran envergadura y cubre riesgos muy fuertes, *vid.* BOLDÓ RODA, C., “Aplicación del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro a un contrato de seguro marítimo (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 23 de febrero de 2007)”, *Actualidad Civil*, núm. 17, octubre, 2008, pp. 1848 y ss.

<sup>573</sup> Nos remitimos al apartado de interpretación en el vimos como una buena parte de los contratos en los que se aplicaba la regla *contra stipulatorem* era, precisamente, en el ámbito del contrato de seguro (*vide*, además: STS de 5 de julio de 2010 [RJ\2010\5699], acerca de la interpretación del término “carga” en un contrato de seguro de daños concertado para un helicóptero; SSTS de 9 de julio de 2012 [RJ\2012\8605]; de 14 de febrero de 2002 [RJ\2002\1444] y de 27 de julio de 1996 [TOL217573]; SAP Las Palmas de 26 de septiembre de 2013 [JUR\2013\349230], acerca de la interpretación de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado respecto de la indemnización por paralización o interrupción de la actividad industrial objeto del seguro (interrupción de la explotación de un hotel por incendio); SAP Valencia de 26 de noviembre de 1999 [TOL247529].

cláusula adicional aunque no se sabe muy bien si la no aplicación viene como resultado de su no incorporación (cláusula que no figuraba en el ejemplar entregado al asegurado ni expresamente aceptada por éste, según los requisitos formales del art. 3 LCS) o por ser objeto de interpretación *contra proferentem* (existían ciertas incoherencias en la cláusula que llevan al Tribunal a determinar que la oscuridad es evidente). Por su parte, la SAP Asturias de 29 de mayo de 2001 [JUR\2001\245770] recurre a la interpretación “*que, en todo caso, no debe favorecer a quien la provoca*”, para determinar los riesgos cubiertos por una póliza de responsabilidad civil por explotación del negocio. Así, hay que entender que, siendo el objeto social de la asegurada montar determinadas máquinas así como prestar el servicio de mantenimiento, lo pretendido fue asegurar toda la actividad sin que, además, le puedan ser opuestas determinadas cláusulas limitativas que no habían sido específicamente aceptadas por la asegurada<sup>574</sup>.

Obviamente, también en alguna resolución se ha hecho uso del término “cláusula lesiva” si bien es verdad que los tribunales han estado más por la labor de recurrir mayoritariamente, de nuevo, a la regla hermenéutica de interpretación a favor del adherente, en este caso, a favor del asegurado<sup>575</sup>. Recordamos, a tal efecto, la STS de 17 de octubre de 2007 [RJ\2007\6275], que se utilizó recientemente para ilustrar un ejemplo de cláusula limitativa<sup>576</sup> y en el epígrafe acerca del control de incorporación en la LCGC, acerca de las cláusulas sorprendentes<sup>577</sup>. Se trata de una resolución que conoce de un contrato de seguro multirriesgo entre empresarios que incluye una cláusula por la que se define el concepto de “Beneficio Bruto”, concepto relevante para determinar el nacimiento y cuantía de la indemnización. La cláusula en cuestión, limitativa, es considerada como inusual –y, por tanto, sorprendente– al establecer un sistema diferente al seguido generalmente por las empresas para la determinación de esta cifra y se aparta tajantemente del concepto que, sobre esta figura, ha dispuesto el Plan General de Contabilidad.

En definitiva, la LCS viene a adelantar un régimen que será objeto de regulación en un momento posterior a través de la LCGC y de la normativa de consumidores, normas que, como sabemos, estructuran el control de las condiciones generales también en torno a sendos controles de incorporación y contenido. La pregunta que surge inmediatamente es si el art. 3 LCS sigue vigente en la actualidad. De la respuesta que se le dé a este interrogante depende una cuestión de cierta envergadura para nuestro trabajo. Efectivamente, la LCS, cuando se refiere al adherente, lo hace como “asegurado”, sin limitar que éste sea

---

<sup>574</sup> Vide también SAP Málaga de 20 de abril de 2006 [TOL1191482] y SAP Salamanca de 7 de febrero de 2012 [JUR\2012\66350].

<sup>575</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., p. 50.

<sup>576</sup> Ver p. 149.

<sup>577</sup> Ver Primera parte. Capítulo III. II. 1.

consumidor y, por lo tanto, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación subjetivo tanto a los consumidores como a los empresarios adherentes. La vigencia del art. 3 LCS no tiene tanta importancia en cuanto al control de incorporación puesto que la LCGC también prevé que los contratos entre profesionales se vean sujetos a él. No podemos decir lo mismo del control de contenido: aunque limitado a los contratos de seguro, el hecho de que el art. 3 estuviera en vigor implicaría la existencia de una norma que permitiera al juez entrar a valorar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Sin entrar en pormenores, la doctrina ha entendido que el art. 3 LCS no está derogado en lo que respecta al control de incorporación puesto que los requerimientos son similares -en general- a los que puede contener la LCGC y el TRLGDCU y, en todo caso, la concepción político-legislativa que ha guiado estos dos textos legales no difiere de la contenida en la LCS<sup>578</sup>.

La cuestión se plantea de modo diverso o, al menos, con mayor complejidad, acerca del control material y los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. El legislador de 1998 quiso dejar fuera del control de contenido a los contratos mercantiles bajo la idea de que no era necesaria tal protección específica y que con la aplicación de las reglas generales de los contratos sería suficiente para reequilibrar posiciones, si así fuera necesario. Esta misma idea de que no siempre existe una desigualdad entre asegurador y asegurado aparece de forma expresa en la LCS. Ya hemos dejado anotado líneas arriba que el carácter imperativo de la norma que se desprende del art. 2 tiene excepciones, entre las que se encuentran los llamados “grandes riesgos” y el contrato de reaseguro. Así, el art. 44.2 LCS es claro al decir que “*no será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2º de la misma*”. En análogo sentido se pronuncia el art. 79 LCS respecto del contrato de reaseguro.

La delimitación de los grandes riesgos aparece recogida en el art. 107.2 LCS que, tras confirmar la libre elección de las partes, en este caso, de la ley aplicable al contrato, señala una serie de supuestos que se pueden agrupar por ramos o por relevancia económica. Así, se incluyen los contratos de seguro en los que el riesgo asegurado afecte a vehículos ferroviarios, aéreos, marítimos, lacustres y fluviales, entre otros; al crédito y caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad; a vehículos terrestres, incendio y elementos naturales, entre otros;

---

<sup>578</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., p. 140; PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1324.

a responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere dos de tres límites referidos al balance, importe neto de volumen de negocio o número medio de empleados.

Por su parte, el contrato de reaseguro es un contrato celebrado entre grandes empresas en virtud del cual “*el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro*” (art. 77, párr. 1º LCS).

Ambos casos tienen en común que el adherente es un empresario que, lejos de tener menos poder negociación que la aseguradora predisponente, puede llegar a tener incluso una mejor posición. La envergadura económica de las empresas o del objeto del seguro hace presuponer que no hay una parte débil que necesite ser protegida por la Ley pues los dos contratantes son profesionales que conocen el sector asegurador –en el caso del reaseguro– o que tienen los medios suficientes para defender su posición<sup>579</sup>. En estos supuestos concretos, por lo tanto, no siempre se contrata a través de condiciones generales y la negociación entre ambos contratantes es frecuente. Así las cosas, está justificada la derogación del carácter imperativo de la LCS y la correlativa ampliación del margen de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, no todos los contratos de seguro en los que el asegurado sea un empresario presentan el mismo perfil. ¿Qué ocurre con el resto de contratos en los que el adherente no es consumidor y, sin embargo, ostenta una posición débil respecto de la aseguradora-predisponente? Al respecto hay opiniones diversas. Hay autores que entienden que el art. 3 LCS sigue vigente y es de aplicación en general a todo asegurado, sea consumidor, sea empresario<sup>580</sup>, mientras que otros restringen la aplicación del control de contenido que

---

<sup>579</sup> Señalando el carácter marcadamente internacional y de conclusión entre profesionales como dos notas que distinguen al reaseguro respecto de otros contratos de seguro, MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 79”, en BOQUERA J.; BATALLER, J.; OLAVARRÍA J. (coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 961. En el mismo sentido, vide HILL PRADOS, M. C., “Régimen jurídico del contrato de reaseguro en la ley de contrato de seguro de 1980”, *Vlex*, 1995, <http://vlex.com/vid/contrato-reaseguro-seguro-289800>; SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la imperatividad...”, op. cit., p. 3001 y ss.; BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación...*, op. cit., pp. 54 y ss.

<sup>580</sup> Así lo pone de manifiesto MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 436, para quien considerar derogada en este punto a la LCS es llevar demasiado lejos el art. 8 LCGC. También claro al respecto, PAGADOR LÓPEZ, J., “La conformación del derecho interno español a impulso del derecho comunitario: el paradigmático caso de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 470, 475 – 476, al no entender formalmente afectado el art. 3 LCS por la LCGC. Tras resaltar la dificultad de la cuestión, RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios...”, op. cit., pp. 391 – 392, opta por

suponen las cláusulas lesivas a los contratos concertados con consumidores<sup>581</sup>. A nuestro juicio, la desigualdad entre asegurador y asegurado es manifiesta también en el contrato de

---

entender vigente el art. 3 LCS para los contratos entre empresarios, al exigir la seguridad jurídica en un sector tan sensible una declaración expresa derogatoria que no se ha producido. Por su parte, según VARGAS VASSEROT, C., “El contrato de seguro...”, op. cit., p. 1344, si bien la LCGC parte de un diferente trato para los consumidores y no consumidores, la LCS amplía el margen de protección a todos los contratantes y asegurados, independientemente de su condición cuando el contrato contenga cláusulas lesivas o limitativas de los derechos del asegurado. En sentido similar se pronuncia CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El control de nulidad de las cláusulas abusivas”, op. cit., pp. 6 y 14, al entender que con el art. 3 LCS se tiene un reconocimiento de la figura de las cláusulas lesivas –y su equivalente, abusivas- para todo tipo de pólizas, ya sean suscritas por consumidores o no puesto que dicho precepto se aplica por igual a ambos. Aunque no de forma expresa, indirectamente parece dejarlo intuir SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 3...”, op. cit., p. 103, pues aunque diferencia el régimen de consumidores y no consumidores, respecto de estos últimos incluye el art. 3 y la condiciones generales lesivas que dan lugar a la nulidad de las mismas. EMBID IRUJO, J. M., “Comentario a los artículos 1, 2 y 3...”, op. cit., pp. 70 – 71 insiste en que el art. 3 LCS se aplica a todo tipo de asegurado, contraponiéndolo a la LGDCU, que si bien se ocupa también de las condiciones generales pero lo hace restringiendo el ámbito de aplicación subjetivo al caso de adherente consumidor. Señala el autor que “*el paso del tiempo y la incorporación de nuevas normas sobre dicha materia al ordenamiento español no ha afectado a su vigencia, soslayándose, así, la opinión de algunos autores que reclamaron la derogación del art. 3 LCS con motivo de la promulgación de la LCGC*” (p. 70) así como que “*la aplicación de la LCGC a las condiciones generales del seguro ha de hacerse en consonancia con la disciplina del art. 3 LCS que, por razones de mayor calidad técnica y superior adecuación objetiva, habrá de ser preferido frente a los preceptos equivalentes de aquélla*”. “*El art. 3 LCS mantiene íntegra su vigencia tras la promulgación de las normas sobre condiciones generales de la LGDCU y la LCGC*”, concluye (p. 72). TIRADO SUÁREZ, F. J., “El contrato de seguro...”, op. cit., p. 693, por su parte, parece que extiende la protección del asegurado de la LCS “*incluso en relación con personas físicas o jurídicas que no tienen la noción de consumidor, de conformidad con lo previsto en el art. 3 TRLGDCU*”, aunque debemos matizar que la afirmación no está referida en concreto al art. 3 LCS y las cláusulas lesivas. De interés nos resulta SALELLES, J. R., “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 245, julio – septiembre, 2002, pp. 1150 y ss., pues se detiene en la caracterización de las cláusulas lesivas en los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional, contratos en los que el asegurado adherente no tiene, por definición, la consideración de consumidor. Descartada la posibilidad de recurrir a los criterios ofrecidos por la Ley de consumidores y el art. 8.2 LCGC (“*el carácter necesariamente mercantil de este contrato y la condición profesional por definición de quien lo estipula [...] hace que su estipulación quede excluida en línea de principio del ámbito de protección ofrecido por la LGDCU y que la LCGC no pueda ser tenida en cuenta en la ponderación de su contenido por razón de la remisión efectuada*”), ante la situación de inferioridad del asegurado que mantiene vigente su necesidad de protección, analiza posibles parámetros que pueden orientar la valoración de las relaciones entre empresarios, entre las que destaca el recurso a la buena fe (art. 1258 Cc), las reglas de interpretación (con crítica a su utilización como mecanismo de control) y el equilibrio entre los derechos y obligaciones de asegurador y asegurado (en función del sector profesional). Recalcando la situación de inferioridad del asegurado a pesar de su condición de profesional, atiende a criterios que en la legislación de consumo, un marco distinto pero para “*situaciones funcionalmente similares*”, se han tenido como manifestación de un inaceptable desequilibrio (facultades de interpretación o modificación unilaterales del predisponente, facultad de resolución discrecional, indemnizaciones desproporcionadas o privaciones de derechos básicos del asegurado) (pp. 1158 – 1159). Queda clara la postura del autor a favor de la necesidad de un control de contenido en los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional, aunque no tanto la vigencia del art. 3 LCS en ese sentido pues los parámetros a los que recurre para determinar esa posible lesividad de las cláusulas son criterios de Derecho general de contratos, como veremos de forma detallada en el capítulo correspondiente. Podrían ser, por ello, tanto criterios valorativos para concretar la aplicación del concepto de cláusula lesiva –al no poder recurrir a la normativa protectora de consumidores- como criterios alternativos ante la imposibilidad de aplicar el art. 3 LCS en su vertiente de control de contenido.

<sup>581</sup> El autor que de forma más evidente y razonada manifiesta su negativa a la vigencia del control de contenido del art. 3 LCS a los contratos entre profesionales tras la promulgación de la LCGC es ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., p. 141. Expondremos sus argumentos al hilo del texto principal. BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación...*, op. cit., pp. 46 – 52, en especial, p. 52, asimismo, limita el juicio de abusividad a los consumidores, teniendo que atender a las reglas generales de la nulidad contractual en el caso de que la relación contractual se haya establecido entre profesionales. Claro en cuanto a que la LCS es una norma que con carácter imperativo está pensada solo para

seguro en este tipo de supuestos por lo que, en línea con lo mantenido respecto a los contratos mediante condiciones generales y el empresario adherente, afirmamos la necesidad de un control de contenido para aquellos casos en los que esta disparidad de posiciones conlleva abusos por parte del predisponente. Dicho esto, no podemos desconocer el hecho de que una ley posterior, la LCGC, ha querido dejar fuera del ámbito de aplicación subjetivo de una cláusula general de control de contenido a los contratos entre empresarios. Este es el argumento que aporta ALFARO para negar la aplicación del control de cláusulas lesivas en los contratos de seguro concluidos con un asegurado profesional<sup>582</sup>. Como quedó apuntado al hilo de los requisitos de incorporación (que, por el contrario, sí que seguirían vigentes), el conflicto que se presenta entre dos criterios para resolver antinomias legales –“ley posterior deroga a ley anterior” y “ley especial deroga a ley general”- queda resuelto de la siguiente manera: prevalece la ley general posterior en la medida en que de su interpretación se deduzca un cambio en la política de la ley, pero debe prevalecer la ley especial anterior en la medida en que la nueva ley no modifique sus principios regulatorios de la institución<sup>583</sup>. Aplicando este razonamiento a nuestro supuesto, concluye el autor que sí que existe una contradicción entre el art. 8 LCGC y el art. 3 LCS, debiendo interpretar el ámbito de aplicación de la legislación especial de conformidad con este cambio de política legislativa. Además, apunta, sería una discriminación hacia los profesionales del seguro que solo estos contratos quedaran sometidos a un control de contenido y no el resto.

Aunque ante estos argumentos puede parecer difícil sostener, a la vista de la LCGC, la posibilidad de un control de contenido específico para los contratos de seguro entre profesionales, no queremos dejar de hacer algunas precisiones por las que en la actualidad nos parece cuestionable la derogación del art. 3 LCS en este sentido. En primer lugar, la posición legislativa contraria a un control material fuera de los contratos de consumo, en cierto modo, hace aguas. Es sabido que existen diversas normas que de forma expresa introducen límites a la autonomía de la voluntad respecto de algunos aspectos en contratos mercantiles en determinados sectores. Podemos citar la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y determinada normativa de transporte, textos sobre los que

---

asegurados consumidores y no para empresarios, se muestra VEIGA COPO, A. B., “Presente y futuro de la Ley...”, op. cit., p. 8; Ponencia “*Las condiciones del contrato de seguro. Cláusulas abusivas. Nulidad de las cláusulas del contrato y los límites de cobertura*”, Simposio “*El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil 2013*”, SEAIDA; Fundación Mapfre; Consorcio de Compensación de seguros, celebrado en la Fundación Mapfre, Madrid, los días 2 y 3 de diciembre de 2013.

<sup>582</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., pp. 140 – 141.

<sup>583</sup> *Ibidem*..., op. cit., pp. 139.



volveremos repetidamente a lo largo del trabajo. Es decir, el legislador en la actualidad sí que aboga por actuar en algunos casos en los que pueden darse situaciones susceptibles de protección, aunque el adherente no ostente la cualidad de consumidor. Por otro lado, si bien es cierto que de la lectura conjunta de los dos apartados del art. 8 LCGC se desprende que la cláusula general de buena fe queda excluida de aplicación para determinar la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios, también lo es que el legislador reconoció en el mismo texto legal que en los contratos mercantiles también podían darse abusos de una posición dominante (ver al respecto la confusa EEMM) que tendrán que ser asimismo controlados, aunque por las normas generales de la contratación. Evidentemente, a pesar de que la posición de las aseguradoras predisponentes encaja en muchos casos en ese esquema de superioridad –y cuando no lo hace, como en los grandes riesgos o el reaseguro, ya se ha encargado la LCS de señalarlo-, este argumento tendría un recorrido muy corto pues, en cualquier caso, la LCS no puede entenderse incluida dentro de esas “*normas generales*” al tratarse de una ley especial. Pero donde sí puede subsumirse es en el art. 8.1 LCGC, que recalca la vinculación de los contratos entre empresarios a “*cualquier otra norma imperativa o prohibitiva*”, pues es indudable que la LCS lo es<sup>584</sup>. Por otra parte, no es tan irrelevante el hecho de que la LCGC no se refiera a la LCS en su Disposición derogatoria única como sí hace con otras normas<sup>585</sup>.

Del mismo modo, hay razones para pensar que no existe una potencial discriminación arbitraria de los contratos de seguros respecto del resto de sectores, en los que no existiría la posibilidad del control de contenido específico. Cuando se habló del contrato de seguro y de su indiscutible vocación de norma de protección del asegurado, se hizo sobre la justificación de ser un contrato típicamente de adhesión, sí, pero también por su especial y compleja configuración. Mientras que el asegurado cumple con el pago efectivo de las primas, la prestación del asegurador depende de un evento incierto. El mejor situado para afrontar y “controlar” ese carácter aleatorio del contrato del modo que le sea más favorable es, sin duda, el predisponente, que tendrá, en una buena parte de los casos, unos medios y un conocimiento de la situación y de la relación jurídica mayor que el adherente, por muy profesional que éste sea<sup>586</sup>. Esta complejidad que separa tanto las posiciones de una y otra

<sup>584</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 436, señala que “*en la medida en que la LCS contiene una regulación imperativa, el artículo 8.1 reitera la nulidad de las condiciones generales contrarias a ella*”.

<sup>585</sup> Disposición Derogatoria Única: “*Queda derogado el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*”.

<sup>586</sup> En este sentido, TIRADO SUÁREZ, F. J., “Conveniente –o necesaria- reforma...”, op. cit., p. 1; SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la imperatividad de la Ley...”, op. cit., p. 2990.

parte de la relación jurídica no es exclusiva del sector del seguro, pero sí que es un rasgo que la doctrina ha señalado como, en parte, justificativo de protección del asegurado y que no concurre en todos los contratos mediante condiciones generales<sup>587</sup>.

Por consiguiente, en función de que se apostara por una u otra tesis así estaría cubierto el asegurado empresario por una “cláusula general” de lesividad próxima al concepto de cláusula abusiva o no. Sin embargo, cabe preguntarse si en cualquier caso estaría afectado por el carácter imperativo de la norma. Esto garantizaría a todo adherente la aplicación del régimen recogido en la LCS en el sentido de que no podría verse privado de derechos que allí se le reconocen ni verse gravado con nuevas obligaciones. Estas cláusulas serían no lesivas sino, directamente, ilegales. Por ejemplo, condiciones generales sobre duración, prórroga o plazo de preaviso que contradigan lo dispuesto en el art. 22 LCS, fijación de un plazo más breve que los siete días del art. 16 LCS para comunicar el siniestro al asegurador o pérdida total de indemnización en casos más gravosos que los recogidos en el mismo precepto (v.gr. vulneración negligente del deber de información en lugar de restringirlo solo a los supuestos de dolo o culpa grave). No nos parece que sea cuestionable el carácter imperativo de la LCS en todos los contratos, también con empresarios adherentes. Así lo dispone el art. 2 del propio texto legal con el objetivo de proteger al asegurado dada su posición débil en el contrato. Solo se excluye el carácter imperativo en los casos en los que así se diga de forma expresa y éstos se reducen a dos supuestos: reaseguro y grandes riesgos. Aunque en ambos casos se trata de contratos en los que el asegurado es un empresario, no es éste el único motivo sino que la derogación del principio de imperatividad viene dada, como hemos visto, porque se les presupone ser grandes empresarios con el poder de negociación que ello conlleva.

### 1.1. La reforma de la Ley de contrato de seguro

El ya conocido por nosotros Anteproyecto de Ley de Código mercantil incluye dentro del Libro Quinto, “*De los contratos mercantiles en particular*”, el contrato de seguro (Título VIII)<sup>588</sup>. En lo que aquí interesa podemos señalar que se mantiene el carácter imperativo de

---

<sup>587</sup> Esta postura, además, es la mantenida en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil que apuntaremos en el siguiente epígrafe: el sector de los contratos de seguro recibe un tratamiento especial pues, a diferencia de la regulación general de las condiciones generales, en la que no se prevé un control de contenido en contratos entre empresarios, las condiciones generales y particulares en los contratos de seguro deben superar un control de la buena fe y el justo equilibrio.

<sup>588</sup> Parte de la doctrina ya había puesto de manifiesto la necesidad de una reforma de la LCS que, aunque técnicamente de mucha calidad y puntera en su momento, había quedado desfasada en otros aspectos. Así, TIRADO SUÁREZ, F. J., “Conveniente –o necesaria- reforma...”, op. cit. pp. 1 y ss.; VEIGA COPO, A. B.,

las disposiciones de la norma, salvo que se disponga en ellas otra cosa o que las cláusulas en contradicción tengan un carácter más beneficioso para el asegurado. Se exceptúan de la aplicación imperativa expresamente los contratos de seguro de grandes riesgos y los contratos de reaseguro. Ninguna novedad importante respecto de la LCS, por tanto, en el art. 581-2. En cuanto al régimen de las condiciones generales, se mantiene también, *grosso modo*, la regulación de la LCS. Aunque se remite a las normas sobre condiciones generales de la contratación (art. 581-3.1), se establecen una serie de requisitos específicos para los contratos de seguro que pueden agruparse en las dos categorías tradicionales: un control de incorporación, por un lado, exigiendo “*concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza*” y, respecto a las limitaciones de los derechos, una incorporación “*de forma destacada y comprensible*” y la aceptación por el tomador (art. 581-3.a) y 4)<sup>589</sup>; un control de contenido, en la medida en que el art. 581-3.3.b) exige que las cláusulas sean “*ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*” (formulación que viene a sustituir al concepto de “cláusula lesiva” vigente). Es de notar que no solo exige estos requisitos para las condiciones generales sino también para las particulares. Contrasta fuertemente este planteamiento del Anteproyecto con la regulación que se contenía en la Propuesta a él previa, respecto de la que se aprecian diferencias sustanciales: la Propuesta remitía también a la regulación de las condiciones generales de la contratación pero con la diferencia de que prácticamente no establecía un régimen específico para el contrato de seguro. Así, no existiría control material para estos contratos entre empresarios –pues las reglas generales no lo prevén y las específicas del contrato de seguro tampoco lo hacían- y la única norma que podía tener una función de control de incorporación era la relativa a las “*exclusiones u otras posibles limitaciones o condiciones de la cobertura*”, que debían constar junto con la naturaleza del riesgo cubierto en la póliza “*con indicación en caracteres destacados*”.

---

“Presente y futuro de la Ley...”, op. cit., 1 y ss. Recientemente, sobre la reforma en manos de la Comisión General de la Codificación, VÉRGEZ, M., “Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de contrato de seguro”, *Revista española de seguros*, núm. 152, 2012, pp. 293 – 313; TAPIA HERMIDA, A., J., “Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 155, 2013, pp. 311 – 336.

<sup>589</sup> En la EEMM (VI-116, p. 64) señala que se considerado conveniente aclarar “*la compleja distinción entre las cláusulas delimitativas del riesgo cubierto y las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados – que tanta atención ha merecido por nuestra jurisprudencia-*” y que se ha hecho “*llevando al contenido de la póliza la exigencia de que identifique de manera completa la “naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara, destacada y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente*” (art. 581-8.2.c)).

El texto del Anteproyecto, sin embargo y como decíamos, no supone grandes cambios en cuanto al control actual en los contratos de seguro mediante condiciones generales (salvo dejar claro que el control de contenido cabe respecto de ellos con independencia de que no esté reconocido de forma general para los contratos entre empresarios y ampliar aquél a las “*condiciones particulares*”).

También en el ámbito europeo existen iniciativas por parte de las instituciones comunitarias para armonizar la regulación material del contrato de seguro, pensando en que es necesaria una estandarización para que circule libremente en el mercado, dadas las diferencias existentes entre los estados miembros. Así surgen los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro (PEDCS), estando la última versión fechada en 2009<sup>590</sup>. Encontramos en este texto -de corte claramente protector para el asegurado- un control material a través de una noción de cláusula abusiva muy apegada a los criterios de la Directiva de 1993 –buena fe, significativo desequilibrio en detrimento de los derechos y obligaciones del tomador, asegurado o beneficiario, etc.- y, lo más interesante, no restringida a los contratos con consumidores (art. 2:304)<sup>591</sup>. Así, el art. 1:101 incluye dentro del ámbito de aplicación de la norma todos los contratos de seguro privados, salvo los de reaseguro.

Sin embargo, y no obstante el corte proteccionista de los PEDCS, el texto es consciente de que no todos los asegurados se encuentran en la misma posición. De ahí que el art. 1:103, después de establecer la imperatividad de una serie de preceptos, abra a la autonomía de la voluntad de los contratantes la posibilidad de no aplicar el resto de disposiciones siempre que no suponga una desventaja para el asegurado, como medida de protección hacia este último, parte débil de la relación. Pero se exceptúan determinados casos, en los que la norma permite directamente apartarse de las normas dispositivas de los PEDCS en beneficio de cualquiera

---

<sup>590</sup> Entre otros, vide BATALLER GRAU, J., “Un Marco Común de Referencia para el contrato de seguro en la Unión Europea”, *Revista española de seguros*, núm. 136, 2008, pp. 669 – 685; TAPIA HERMIDA, A., J., “Condiciones generales...”, op. cit., pp. 325 y ss.

<sup>591</sup> Artículo 2:304. “*Cláusulas abusivas: (1) Una cláusula que no haya sido negociada individualmente no será vinculante para el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario si, pese a las exigencias de la buena fe, causan un significativo desequilibrio en detrimento de sus derechos y obligaciones derivados del contrato, considerando la naturaleza del contrato de seguro, los demás términos del contrato y las circunstancias en el momento en que el contrato fue concluido. (2) El contrato seguirá siendo vinculante para las partes, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Si no es posible, la cláusula abusiva será sustituida por otra que las partes podrían haber acordado razonablemente de haber conocido el carácter abusivo de la cláusula. (3) Este artículo es aplicable a las estipulaciones que restrinjan o modifiquen la cobertura, pero no se aplicará(a) a la adecuación del valor de la cobertura y de la prima; ni (b) a las cláusulas que contengan la descripción esencial de la cobertura concertada o la prima acordada, siempre que las cláusulas estén redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible. (4) Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactado previamente y el tomador del seguro, consecuentemente, no haya podido influir sobre su contenido, particularmente en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. El asegurador que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba*”.

de las dos partes del contrato (también del asegurador, por tanto). La razón se entiende al ver los tipos de riesgos a los que se tienen que referir los contratos pues, *grosso modo*, se pueden asimilar con los grandes riesgos descritos en nuestro art. 107.2 LCS: vehículos ferroviarios, aéreos, marítimos, etc.; riesgos relacionados con la actividad industrial, comercial o profesional a la que se dedique el tomador (seguros de crédito y caución); otros riesgos (vehículos terrestres diferentes a ferroviarios, fuego y elementos naturales, responsabilidad civil, pérdidas financieras, entre otros) pero cuando el balance, volumen neto de negocio o número medio de empleados del tomador supera unos determinados límites (anexo art. 1:103). En estos supuestos se entiende que la posición del asegurado puede ser tan fuerte –o más- que la del asegurador y, en consiguiente, no necesitada de protección.

## 2. La Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad (remisión)

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, representó una novedad en nuestro ordenamiento jurídico ya que supuso la inclusión, de forma expresa y después de la regulación de la LCGC, de un control de contenido a través de una cláusula general de buena fe en la contratación entre empresarios. Como transposición de la Directiva 2000/35/CE –modificada en 2011 en virtud de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero-, en 2004 se promulga esta norma que ha sufrido diversas y recientes modificaciones<sup>592</sup> y que, en todo caso, pretende dar solución a los problemas de morosidad en las operaciones comerciales. El crédito comercial, aquel por el que las empresas obtienen una suerte de financiación a través del aplazamiento del pago de una compraventa o suministro de bienes o de una prestación de servicios, puede dar lugar a abusos por parte del comerciante que ostenta una posición más fuerte frente a la parte débil de la relación, normalmente una pequeña y mediana empresa.

Un plazo de pago excesivo o unos intereses de demora desmesurados, pueden convertir el llamado crédito comercial -una forma de financiación que se proporcionan los comerciantes entre sí, habitual y que presenta muchos puntos positivos- en un mecanismo gravoso para uno de los empresarios que se ve obligado a sufrir las extralimitaciones de la contraparte contratante con el consecuente perjuicio económico. Es por ello que, como tendremos ocasión de ver en detalle, la norma de 2004 recoge una serie de límites a la autonomía de la voluntad en cuanto a plazos de pago, intereses de demora e indemnización por costes de cobro. Todo ello se complementa con la incorporación de una verdadera cláusula general de

---

<sup>592</sup> Ley 15/2010, de 5 de julio; Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero; Ley 11/2013, de 26 de junio; Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo.

buena fe, con una terminología que coincide con la utilizada en la normativa de consumo y que supone una novedad en la contratación entre empresarios. Así, el art. 9 de la Ley señala que “*será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso*”, y teniendo en cuenta una serie de parámetros entre los que destacamos la buena fe y la actuación leal, la naturaleza del bien o servicio y la existencia de alguna razón objetiva que justifique la desviación respecto del tipo de interés o la indemnización por costes de cobro señalados en la ley. Además, de la lectura conjunta del art. 9 y los artículos encargados de regular el plazo de pago y el interés de demora, entre otros, se deduce la naturaleza imperativa de algunos de los límites fijados por la norma. Las cláusulas que contravengan estos límites –por ejemplo, el pacto de un plazo de cumplimiento superior a los 60 días- serán nulas en todo caso sin ser susceptibles de valoración conforme a los criterios de la cláusula general de abusividad (lo que tradicionalmente se conoce como “cláusulas negras”).

Para el estudio de la normativa y de los límites a la autonomía de la voluntad en contratos entre empresarios que implica la Ley 3/2004, nos remitimos al apartado correspondiente (Segunda parte. Capítulo III. I. 10).

### **3. El transporte de mercancías**

Es indudable que el transporte, en cualquiera de sus medios (tierra, mar o aire) y tanto de mercancías como de personas, tiene una gran importancia social y económica en cualquier país<sup>593</sup>. También se trata de un ámbito muy vinculado con la formalización del contrato mediante condiciones generales dada la necesidad del transportista de contratar en masa en idénticas condiciones con muchos cargadores, sin que sea posible en la práctica y en la mayor parte de los casos llevar a cabo una negociación individual<sup>594</sup>. Se trata, también en este caso, de uno de los ejemplos más característicos en la actualidad de un contrato de adhesión, en el que es frecuente que el cargador se limite a aceptar las condiciones que en bloque le impone el transportista o porteador, dada la desigualdad existente entre las partes,

---

<sup>593</sup> MAPELLI, E., *Régimen jurídico del transporte*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 76; QUINTANA CARLO, I., “Contratos de transporte terrestre”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 5087; DÍAZ MORENO, A., “El contrato de transporte terrestre”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.), *Derecho mercantil*, II, Ariel, Barcelona, 2009, p. 632.

<sup>594</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 198.

en general -aunque hay que matizar que no siempre se corresponde el transportista con el predisponente y el cargador con la parte débil-.

No es raro, por ello, que en las diferentes normas que regulan la materia encontremos partes imperativas que pretenden precisamente proteger al contratante débil en determinados aspectos, en especial, respecto a las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad. De este modo, y sin perjuicio del desarrollo de estas normas que se lleve a cabo al hilo del estudio de dicho tipo de cláusulas, podemos dejar apuntadas una serie de cuestiones que refrendan la presencia de la contratación mediante condiciones generales en este sector así como la idea de la necesidad de una cierta protección de la parte débil-adherente, aunque se trate de un empresario contratando en el ámbito de su profesión.

La normativa existente en el ámbito del **transporte terrestre** es un ejemplo de ello. La Exposición de Motivos de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante, LCTTM), aplicable a todos los contratos que tengan lugar en territorio nacional, señala como aspecto básico de la regulación, su “*índole dispositiva general*”, de tal forma que “*las partes, por ello, disponen de libertad contractual bien en los términos negociados individualmente o bien según las condiciones generales de adhesión más beneficiosas*”. Esta afirmación se aclara con la lectura del art. 3 de la norma. Aunque se ocupa de declarar la naturaleza dispositiva de la Ley (“*salvo expresa estipulación contraria de esta ley o de la legislación especial aplicable, las partes podrán excluir determinados contenidos de esta ley mediando el correspondiente pacto*”)<sup>595</sup>, se incluye una especialidad en cuanto a los contratos formalizados mediante condiciones generales y es que, en estos casos, solo cabrá pacto en contrario de las estipulaciones de la norma cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente (“*[T]ambién podrá ser así, respecto de las condiciones generales de los contratos de transportes cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente*”)<sup>596</sup>. A esto se le suma, como tendremos ocasión de ver, la existencia de ciertos ámbitos imperativos que no pueden ser alterados por las partes, ni siquiera mediando negociación.

<sup>595</sup> El Derecho español se aparta en este punto de la legislación internacional, cuyo carácter es eminentemente imperativo (así, el Convenio de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), Reglas Uniformes CIM/1999).

<sup>596</sup> Esta fórmula –que permite apartarse del Derecho dispositivo solo si es en favor del adherente- recuerda a la adoptada por la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos –que introduce la presunción de abusividad de aquellas condiciones generales que contradigan lo dispuesto por el Derecho dispositivo-.

El más relevante es el régimen de responsabilidad del porteador (arts. 46 y ss.)<sup>597</sup>. Junto a éste, también será objeto de una mención posterior el art. 38.4 LCTTM por declarar nulo aquel pacto en contrario de la revisión del precio del transporte en función de la variación del precio del gasóleo, que tenga un contenido claramente abusivo en perjuicio del porteador. Este mismo pacto carecerá de efectos “*cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto solo pueda mostrar su aceptación o rechazo global*”<sup>598</sup>. En la misma línea, el art. 41 LCTTM, respecto de los plazos de pago, entiende nulo aquel pacto que tenga un contenido abusivo en perjuicio del porteador, atendiendo a los criterios de la Ley de lucha contra la Morosidad en las operaciones comerciales<sup>599</sup>.

Así, la LCTTM se conforma como una norma de “imperatividad relativa”<sup>600</sup>, permitiendo que los contratantes puedan determinar el contenido de su relación comercial con el límite de los preceptos imperativos, en todo caso, y también del propio derecho dispositivo en el caso de las condiciones generales, pues solo si la desviación es a favor del adherente serán válidas. A pesar de que se ha criticado la redacción final del art. 3 LCTTM *in fine*<sup>601</sup>, se ha considerado acertada la norma en la medida en que reconoce una práctica habitual en el sector, como es la utilización de condiciones generales de la contratación, e intenta evitar los posibles abusos por parte del contratante negocialmente más fuerte<sup>602</sup>. Los contratos mediante condiciones generales están tan presentes que la propia norma, en su Disposición Final 3ª, habilita a la Administración pública para aprobar contratos-tipo o condiciones

---

<sup>597</sup> Profundizaremos en el Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.iv., epígrafe c.1).

<sup>598</sup> *Vide* pp. 295 – 296.

<sup>599</sup> Al respecto, cabe llamar la atención acerca de la reforma que hubiera supuesto la entrada en vigor de la Propuesta de Código Mercantil de la Comisión de Codificación, de no haber sido modificada en la tramitación hacia el Anteproyecto, en el que la regulación del contrato de transporte terrestre se remite a la legislación específica (art. 561-1 Anteproyecto). Así, la Propuesta incluía el contrato de transporte terrestre de mercancías dentro de su objeto de regulación y mantenía el carácter imperativo de las normas de responsabilidad del porteador de tal modo que las cláusulas que redujeran o aminoraran la responsabilidad serían ineficaces y se tendrían por no puestas (art. 561.46). Sin embargo, no encontrábamos una norma similar a las citadas en el texto principal acerca de la posible abusividad de pactos relativos a la revisión del precio o a la demora en el pago de precio. En este último aspecto, el art. 561.39 remitía a las normas de morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles (arts. 418-4 a 418-6) que, a su vez, realizaba remisiones a la LMOC aunque con escasa coherencia entre ambos textos normativos. Y lo que parecía desaparecer es la llamada tan clara a proteger al adherente en el caso de contratos mediante condiciones generales pues no se incluía un precepto similar al art. 3 *in fine* de la Ley 15/2009 por el que se permitiera la desviación del Derecho dispositivo en los contratos predispuestos solo si beneficiara a la parte débil.

<sup>600</sup> QUINTANA CARLO, I., “Contratos de transporte terrestre...”, op. cit., p. 5104.

<sup>601</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 3”, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 72, considera más adecuada la redacción de la versión inicial del Proyecto de Ley, “*Las condiciones generales de un contrato de transporte podrán modificar lo dispuesto en las normas dispositivas de esta Ley cuando resulten más beneficiosas para el adherente*”.

<sup>602</sup> Como decíamos, y aunque normalmente será el cargador o transportista el predisponente, puede darse el caso de que el contrato sea impuesto por el cargador si se trata de una gran empresa. De ahí que se utilice el término “adherente” en general, MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 3...”, op. cit., p. 72.



generales de la contratación que contengan el régimen jurídico privado del contrato de transporte de mercancías por carretera o por ferrocarril y que complementen aquellos aspectos de la norma que necesiten una mayor concreción. Esto se hizo en un primer momento a través de la Orden del Ministerio de Fomento 1997/1129, de 25 de abril, norma derogada en la actualidad por su equivalente, la Orden del mismo Ministerio 2012/1882, de 5 de septiembre, por la que se establecen las condiciones generales de contratación para el transporte terrestre de mercancías. Estas condiciones persiguen desarrollar, precisar o aclarar lo previsto en la LCTTM, sin favorecer en especial la posición de ninguna de las dos partes<sup>603</sup>.

Por ejemplo, según la cláusula 3.1, cuando nada se haya pactado respecto al precio, “*será el que resulte usual para el tipo de servicio de que se trate en la plaza y momento en que el porteador haya de recibir el envío. En ningún caso se presumirá que el transporte incluido en el contrato es gratuito*”, pero sí se presumirá que “*el referido precio usual coincide con los costes medios que atribuya al tipo de transporte de que se trate el Observatorio de Costes que, en su caso, haya hecho público el Ministerio de Fomento*”. Para concretar la obligación de puesta a disposición del vehículo para su carga, la cláusula 4.3 determina que, en ausencia de pacto sobre el lugar y el tiempo, el porteador cumplirá su obligación poniendo el vehículo a disposición del cargador antes de las dieciocho horas del día señalado. El plazo para realizar la carga a bordo del vehículo, si no se ha pactado nada, será de dos horas contadas desde su puesta a disposición del porteador (cláusula 4.16).

Pero, además de contratos-tipo provenientes de la Administración pública, también existen formularios creados por asociaciones del sector. Es el caso, en el ámbito internacional, de

---

<sup>603</sup> Según la Exposición de Motivos de la norma, “*De acuerdo con estos preceptos, estas condiciones serán aplicables de forma subsidiaria a lo que libremente pacten las partes en los correspondientes contratos, contribuyendo así a la clarificación de las relaciones mercantiles entre cargadores y transportistas. Para facilitar una comprensión armonizada del conjunto de reglas que definen los derechos y obligaciones de los contratantes de transportes por carretera, se ha optado por reproducir una buena parte de los preceptos de la Ley del Contrato, desarrollando aquellas cuestiones que así lo requieran, entre las que cabe destacar la inclusión de la fórmula de revisión de precios por variaciones del precio del gasóleo o la fijación de determinados plazos y horarios para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. De esta manera se pretende incluir en un solo documento todas las normas que afectan a los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de las partes en los contratos de transporte de mercancías por carretera*”. Acerca de las condiciones aprobadas por el Ministerio de Fomento, *vide*, entre otros, QUINTANA CARLO, I., “Contratos de transporte terrestre...”, *op. cit.*, 5106 y ss.; DÍAZ MORENO, A., “El contrato de transporte terrestre...”, *op. cit.*, pp. 634 - 636; MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGUET MONFORT, J., “Margen de autonomía de la voluntad en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 32 – 33; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Autonomía privada y régimen jurídico del contrato de transporte por carretera: las condiciones generales de IRU (International Road Union Transport) y la Orden FOM/1882/2012 de 1 de agosto”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 286, octubre – diciembre, 2012, pp. 40 y ss.; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “Relevancia de la autonomía privada y de las condiciones generales de contratación en la determinación del régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 11, 2013, pp. 39 y ss.

las condiciones elaboradas como complemento de la CMR (Convenio de Transporte internacional de mercancías por carretera) por la Asociación Internacional de Empresarios del Transporte (IRU<sup>604</sup>) para su utilización en los contratos de transporte que celebran sus asociados. Como entidad de carácter privado que es y tratándose de una asociación de transportistas, no debe sorprender que, dentro del margen que la normativa deja, las condiciones generales sean más favorables a este sector profesional<sup>605</sup>.

De hecho, se ha cuestionado la ecuanimidad de algunas cláusulas. En un repaso de los aspectos más relevantes de las condiciones IRU, EMPARANZA<sup>606</sup> señala, por ejemplo, que puede resultar desproporcionado conceder al transportista el derecho a depositar las mercancías en un almacén cuando así resulte preciso, sin necesidad de consentimiento del cargador (cláusula 12.1), ya que éste es el que tiene el derecho de disposición sobre las mercancías. Asimismo, de dudosa legalidad califica la cláusula que permite al transportista negarse a efectuar el envío si el cargador no acepta las reservas del remitente –pues no es equiparable la función de las reservas al contenido de la carta de porte con el derecho de resolución del contrato- o la facultad del porteador de retener las mercancías extendiéndola a supuestos muy distintos a los que señala la normativa.

La contratación generalmente en masa en el sector y este riesgo de abuso por parte del predisponente es lo que permite entender la necesidad de ciertas disposiciones especiales, bien mediante Derecho imperativo no derogable por la autonomía de la voluntad, bien mediante un control de abusividad, bien limitando las posibles desviaciones del Derecho dispositivo solo a las que sean favorables a la parte débil de la relación, que es el adherente en general.

Lo mismo ocurre en el caso del **transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque**. Se trata de un ámbito en el que suele existir un desequilibrio entre ambos contratantes, el porteador –propietario del buque o fletador- y el cargador. Es común, por ello, que se trate de un sector del tráfico jurídico en el que se utilicen los contratos de adhesión con cláusulas impresas al dorso del documento impuestas –

---

<sup>604</sup> *International Road Transport Union*.

<sup>605</sup> Como señala EMPARANZA SOBEJANO, A., “Autonomía privada y régimen jurídico...”, op. cit., pp. 35 – 36, “*las condiciones elaboradas por IRU tienen el propósito, además de aclarar las dudas existentes en la aplicación del CMR y de cubrir sus lagunas, de favorecer los intereses de sus miembros, por lo que no es de extrañar que destilen cierto sesgo a favor de dicho sector profesional. Es importante tener en cuenta esta percepción para no extraer consecuencias equivocadas. No tienen carácter equitativo ni ofrecen una visión necesariamente ponderada de los intereses en conflicto, sino que en consonancia con quienes las han elaborado, pretenden aprovechar las lagunas normativas existentes para incluir en el contrato concreciones o aclaraciones que favorezcan sus intereses. [...] Son condiciones elaboradas “de parte” [...]*”.

<sup>606</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A., “Autonomía privada y régimen jurídico...”, op. cit., pp. 36 y ss.

normalmente- por el porteador o transportista y aceptadas por el cargador<sup>607</sup>. La regulación de este contrato en el ámbito nacional estaba limitada hasta hace poco –pues en julio de 2014 se publica la Ley de Navegación Marítima, vigente en la actualidad- al régimen recogido en el Código de Comercio para el contrato de fletamento (arts. 652 y ss.), régimen eminentemente dispositivo dada la igualdad de fuerzas que existen entre ambas partes en este contrato.

Hay que tener en cuenta que el contrato de fletamento se configura, en este supuesto, como aquel contrato en el que una de las partes, el fletante, se obliga a cambio del pago de un flete, a poner a disposición de la otra un buque para trasladar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto de destino. Aunque el objetivo es el traslado de las mercancías, el objeto del contrato es el buque. El cargador, en estos casos, suele tener un similar peso económico que el fletante<sup>608</sup>. Por el contrario, en el transporte en régimen de conocimiento de embarque, el porteador es único pero los cargadores son varios de tal forma que el primero tiene una posición de superioridad respecto a los segundos y un mayor poder de negociación para imponerle por separado las condiciones generales.

El hecho de que no existiera una regulación específica para los contratos nacionales y que la existente no acabara de encajar con el perfil del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, llevó a la aparición de multitud de formularios-tipo elaborados por asociaciones de armadores o que remitían directamente a la regulación internacional que tenía –y tiene-, por tanto, influencia también en el ámbito nacional<sup>609</sup>.

En este sentido y respecto del transporte internacional, España es uno de los pocos países que ha ratificado las denominadas Reglas de Rotterdam que, cuando alcancen el número de ratificaciones necesario -20-, entrarán en vigor<sup>610 611</sup>. Como veremos, las Reglas de

<sup>607</sup> Aunque ya se verá más adelante, como señala GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Contrato de transporte marítimo internacional bajo conocimiento de embarque (Reglas de La Haya, Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 26, 2009, p. 26, si bien durante el s. XIX el principio que regía el transporte marítimo era el de libertad contractual, la superioridad económica de la industria naviera sobre la cargadora en el tráfico de línea regular permitió a los porteadores configurar la relación conforme a sus intereses.

<sup>608</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A., “Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 5263 – 5264.

<sup>609</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A., “Contrato de transporte marítimo...”, op. cit., pp. 5320 – 5321.

<sup>610</sup> Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo adoptado en Rotterdam el 11 de diciembre de 2008. Hasta la fecha, ha sido ratificado por España (19 de enero de 2011), Togo (17 de julio de 2012) y Congo (28 de enero de 2014).

<sup>611</sup> La regulación del transporte de mercancías por mar en régimen de conocimiento de embarque presenta una cierta complejidad por ser diversa en función de su carácter internacional o no. El Código de Comercio recogía las disposiciones a aplicar en el segundo caso –aunque, como ya hemos visto, no de forma específica sino en referencia al contrato de fletamento-, hasta que en 2014 se aprueba la Ley de Navegación Marítima.

Rotterdam, al igual que sus predecesores –en lo que nos interesa, Convenio de Bruselas o Reglas de La Haya Visby, normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad en este ámbito-, son conscientes de los posibles abusos que pueden producirse por parte del transportista en el ámbito del transporte marítimo de mercancías. A tal efecto, entre otros, blindan el régimen de responsabilidad del porteador dotándole de un carácter imperativo de tal forma que no sean válidas aquellas cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad por debajo de los límites establecidos (art. 3.8 Convenio Bruselas y art. 79 Reglas de Rotterdam)<sup>612</sup>.

No obstante, también es de reseñar que las Reglas de Rotterdam pueden dar una mayor entrada a la autonomía de la voluntad respecto de regulaciones anteriores a través de la figura de los denominados “contratos de volumen”<sup>613</sup>. En estos contratos, bajo el argumento de que existe una igualdad de posiciones entre las partes -pues los cargadores lo son de una cantidad,

---

Mientras, en el supuesto de transporte internacional nos encontramos con una realidad normativa múltiple: en España es de aplicación el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 1924 (“Convenio de Bruselas” o “Reglas de La Haya-Visby”), introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de 22 de diciembre de 1949, de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque (derogada hoy en día por la Ley de Navegación Marítima de 2014). Dicha ley presentaba algunas diferencias con el primer acto legislativo, lo que generó multitud de debates doctrinales acerca de su aplicación: si la Ley o el Convenio y, en ese caso, qué versión del mismo pues ha habido varias modificaciones (es cierto, sin embargo, que al ser derogada esta Ley de 1949 por la vigente de 2014, las contradicciones desaparecen y se hace más sencilla la aplicación del Convenio internacional). A esto hay que sumarle, por otro lado, la existencia del Convenio sobre transporte de mercancías por mar de Hamburgo, en 1978 (“Reglas de Hamburgo”) que, si bien nunca ha sido ratificado por España, tienen una gran influencia en el sector. Y en la actualidad, como decíamos, España ha ratificado las Reglas de Rotterdam, lo que implica denunciar las Reglas de La Haya-Visby, que ya no serán de aplicación cuando entren en vigor las Reglas de Rotterdam (improbable que suceda, no obstante, a corto plazo).

Acerca de la normativa aplicable, *vide* ARROYO MARTÍNEZ, I., “Contratos de utilización del buque (III)”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 1338 – 1343; GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Contrato de transporte marítimo internacional bajo conocimiento de embarque (reglas de La Haya, reglas de Hamburgo y reglas de Rotterdam)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 26, 2009, pp. 26 y ss.; PADILLA GONZÁLEZ, R., “El transporte de mercancías en régimen de conocimiento. El contrato de pasaje. El contrato de remolque y otros contratos. Auxiliares de la explotación comercial del buque. Los contratos de utilización de la aeronave”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 1136 – 1139; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Contrato de transporte marítimo...”, *op. cit.*, pp. 5320 y ss. Acerca de las Reglas de Rotterdam, LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Las Reglas de Rotterdam”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo 2010, pp. 165 – 185; RUIZ SOROA, J. M., “La responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en las Reglas de Rotterdam”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 4, 2010, pp. 13 – 38; MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., “La autonomía de la voluntad en las Reglas de Rotterdam”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9, 2012, pp. 11 – 35.

<sup>612</sup> El art. 3.8 del Convenio de Bruselas dispone que: “Cualquier cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que libere al transportador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño a, o en conexión con, las mercancías, que provengan de negligencia, falta o incumplimiento a los deberes u obligaciones establecidos en este artículo, o que atenúen esa responsabilidad en otra forma que no sea la determinada en estas reglas, será nula y sin valor e ineficaz”. En todo caso, nos remitimos a la Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.iv. c.1) acerca de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del porteador en los conocimientos de embarque, cláusulas contra las que ya se veía necesario luchar a finales del s. XIX a fin de evitar los abusos de los transportistas.

<sup>613</sup> Se entiende por contrato de volumen “todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el periodo en él convenido. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o cierto margen cuantitativo” (art. 1 RR).

en principio, relevante de mercancías-, se concluye que no necesitan la tutela legal característica de este tipo de relaciones y que, por tanto, debe existir libertad contractual para negociar límites de responsabilidad más flexibles a cambio de menores fletes. A estos contratos no le son de aplicación las reglas de validez de cláusulas contractuales del art. 79 ya que, en virtud del art. 80, “*en las relaciones entre el porteador y el cargador, todo contrato de volumen al que sea aplicable el presente Convenio podrá prever derechos, obligaciones o responsabilidades mayores o menores que los prescritos en este último*”. A pesar de que, en teoría, la razón de este régimen diferente es la existencia de también una diferente relación entre las partes contratantes, no de desequilibrio, sino de paridad, nos parece interesante exponer los requisitos que exigen las Reglas de Rotterdam para que las condiciones que se aparten del Convenio sean vinculantes. Así el art. 80.2 señala que únicamente serán vinculantes cuando:

*“a. En el contrato de volumen conste de manera visible que incluye condiciones que se aparten del régimen del presente Convenio; b. El contrato de volumen: i) haya sido individualmente negociado o ii) especifique de manera visible cuáles de sus cláusulas o secciones contienen tales condiciones; c. Se dé al cargador la oportunidad de concertar un contrato de transporte cuyas condiciones sean conformes al régimen del presente Convenio, sin que ninguna de sus condiciones se aparte de dicho régimen al amparo del presente artículo, y se le dé aviso de dicha oportunidad; y d. La condición que se aparte del régimen del presente Convenio: i) no sea incorporada al contrato por remisión a otro documento, ii) ni figure en un contrato de adhesión, no sujeto a negociación”.*

De estos requisitos se deduce que se ha querido contrarrestar la amplia libertad contractual otorgada con unos severos requisitos que, en algunos casos, nos recuerdan a los requisitos de incorporación de la LCGC (inclusión de manera visible de las condiciones, no remisión a otros documentos...) y que pretenden asegurar el conocimiento y libertad contractual de ambas partes. Sin embargo, no está tan claro que estos requisitos, llegado el momento, puedan funcionar como verdaderos garantes de un equilibrio de posiciones entre porteador y cargador. Sobre todo cuando en la definición de contrato de volumen pueden entrar cargadores de pequeño tamaño –se habla de algo tan ambiguo como el “*transporte de una determinada cantidad de mercancías*”<sup>614</sup>– que se vean obligados a aceptar, por ejemplo, cualquier limitación de responsabilidad del porteador por mucho que éste le haya tenido que

---

<sup>614</sup> Como señala RUIZ SOROA, J. M., “La responsabilidad del transportista...”, op. cit., p. 33, se trata de un concepto amplísimo y escasamente exigente, sin límites mínimos para la cantidad ni para el número de embarques de tal forma que un contrato para transportar dos contenedores en viajes distintos a lo largo de un año encajaría ya en la definición de contrato de volumen.

ofrecer la oportunidad de concertar un contrato de transporte cuyo régimen sea el más favorable de las Reglas de Rotterdam –requisito curioso, por otra parte-<sup>615</sup>.

Con la aprobación de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, se pretende homogeneizar la regulación del transporte marítimo nacional con la del internacional. De este modo, tal y como reconoce la norma en su Exposición de Motivos, se mantiene básicamente el mismo régimen de Derecho necesario de la responsabilidad del porteador en los transportes contratados en régimen de conocimiento de embarque (es decir, el de las Reglas de La Haya-Visby). Se trata de un régimen inderogable para las partes en beneficio del titular del derecho sobre las mercancías, dada la limitada capacidad de negociación de los usuarios de estos servicios<sup>616</sup>. Así se ratifica en el art. 277 de la Ley, al eliminar los efectos de aquellas cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Solo cuando las cláusulas estén pactadas en la póliza de fletamento –es decir, se presupone una igualdad de posiciones y no una imposición por parte de una de ellas- tendrán validez las modificaciones de responsabilidad en ese sentido, siempre que respeten el límite del dolo o culpa grave del porteador. En el apartado referente a las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad volveremos sobre este régimen<sup>617</sup>.

Por aludir a todos los tipos de transporte, y aunque sea de forma sucinta, también el contrato de **transporte aéreo de mercancías**<sup>618</sup> se trata de un contrato mercantil concluido normalmente mediante condiciones generales, estando la autonomía de la voluntad limitada en lo relativo al régimen de responsabilidad del transportista por los mismos argumentos analizados líneas arriba. Así, toda cláusula que pretenda exonerar o limitar la responsabilidad del transportista por debajo del mínimo señalado en la normativa será nula (arts. 23 Convenio de Varsovia y 26 Convenio de Montreal).

---

<sup>615</sup> Se plantea al respecto TETTENBORN, A., “Freedom of contract and Rotterdam Rules: Framework for negotiation or onesize-fits-all?”, en THOMAS, D. R., *The carriage of goods by sea under Rotterdam Rules*, Lloyd’s List, London, 2010, p. 73 (citado por MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., “La autonomía de la voluntad...”, op. cit., p. 18), si se cumple con el requisito de ofrecer un contrato conforme a las condiciones del Convenio si el precio correlativo es inalcanzable. Entendemos que, para cumplir con el requisito, la alternativa tendría que entrar dentro de lo razonable.

<sup>616</sup> Exposición de Motivos de la Ley, apartado VI.

<sup>617</sup> Como veremos, se introducen, no obstante el mantenimiento del régimen de las Reglas de La Haya-Visby, algunas novedades para adaptar el régimen parcialmente a las futuras Reglas de Rotterdam que, aunque no están vigentes todavía, han sido ratificadas por España (por ejemplo, introduciendo la responsabilidad –y las correspondientes limitaciones- por retraso).

<sup>618</sup> Regulado en el ámbito nacional por la Ley 48/1960, de 21 de junio, de Navegación Aérea y, en el ámbito internacional, por el Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal, en función del ámbito del transporte y del país del otro contratante. *Vid.* PETIT LAVALL, M. V., “El contrato de transporte aéreo de mercancías”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 5431 – 5462.

#### 4. El sector de la distribución

La distribución comercial, entendida como aquellas técnicas, procedimientos y contratos dirigidos a hacer llegar un producto o servicio desde la empresa fabricante o proveedora hasta el consumidor final<sup>619</sup>, tiene una incuestionable importancia económica en la actualidad. Además de dicha repercusión, en lo que a este trabajo respecta, es de señalar que la estructura del sector conlleva habitualmente desequilibrios de poder entre las partes que lo componen, siendo frecuente la ausencia real de negociación entre los contratantes y la conclusión de las relaciones negociales a través de contratos de adhesión<sup>620</sup>. Tradicionalmente se ha entendido como parte débil de la relación contractual a los

<sup>619</sup> ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 57 – 73. (p. 59)

Acerca del sector de la distribución y su evolución, *vid.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177, julio – septiembre, 1985, pp. 420 y ss.; GINER PARREÑO, C. A., *Distribución y libre competencia. El aprovisionamiento del distribuidor*, Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 53 – 58; ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución comercial”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167 – 169; TORRUBIA CHALMETA, B., “Contratos de distribución”, en DE LA CUESTA RUTE, J.M. (dir.), *Contratos mercantiles*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 359 – 362; GALÁN CORONA, E., “Los contratos de distribución. Ideas generales”, en HERRERO GARCÍA, M. J. (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 21 y ss.

<sup>620</sup> No es de extrañar, por lo tanto, que ordenamientos jurídicos como el italiano o el holandés incluyan en su Código de consumo y Código civil, respectivamente, una previsión específica para este tipo de relaciones con la intención de proteger a la parte débil. Recordemos el “*diritto di regresso*” italiano a favor del vendedor minorista (Primera parte. Capítulo II. I. 2.2) y la posibilidad de que la parte débil en un contrato de distribución pueda obtener la nulidad de determinadas cláusulas que le han sido impuestas en el holandés (nota al pie núm. 355).

Señalan la importancia de la contratación mediante condiciones generales en el sector de la distribución, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., “Aproximación al régimen jurídico...”, *op. cit.*, pp. 431 – 436; ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución comercial...”, *op. cit.*, p. 181; BAREA NAVAMUEL, J., “Los sectores de la distribución comercial ante la regulación de los contratos de distribución comercial: una visión del Anteproyecto de Ley de contratos de distribución comercial: una visión del Anteproyecto de Ley de contratos de distribución desde los operadores económicos”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 902; BRIGANTY ARENCIBIA, A., “La necesidad de una ley de distribución para el sector de la automoción”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 832; ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “La distribución mayorista: proveedores, centrales de compra y centrales de intermediación”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 132; “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 10, primer semestre 2012, p. 12; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 545; GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 259 – 260; MARÍN CASTÁN, F., “Los contratos de distribución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 56.

distribuidores en relación con los fabricantes o proveedores<sup>621</sup>. Este sería el caso de una marca notoria que tuviera un gran poder frente a los distribuidores, que no se pueden permitir por ello prescindir de esos productos. Evidentemente, puede suceder lo contrario si nos encontramos ante un pequeño productor que necesita de un distribuidor de relieve para comercializar su producto: en este caso, dado que el gran distribuidor tiene la posibilidad de elegir entre distintos productos que compiten entre sí, su poder es mayor que el del productor<sup>622</sup>. En cualquier caso, se ha señalado la importancia de la distribución comercial para el tejido social por ser sector “refugio” de autónomos y desarrollo de la pequeña y mediana empresa<sup>623</sup>.

En contraposición con este escenario, es opinión generalizada en la doctrina la escasa preocupación del legislador por el sector de la distribución. La única disciplina que se ha ocupado de él es la del Derecho de la competencia<sup>624</sup>. Éste, limita o sujeta a restricciones determinadas conductas que, dada la estructura del sector, los desequilibrios existentes y la posibilidad de pactos, pueden llevar a concentraciones de poder y a abusos de esa posición restringiendo, de ese modo, la libre competencia. Es por ello que, aun reconociendo que determinados acuerdos verticales pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución -al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes, reduciendo los costes de transacción y optimizando los niveles de ventas y de inversión<sup>625</sup>-, la Comisión Europea adopta dos Reglamentos: el Reglamento (CE)

---

<sup>621</sup> GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “Cuestiones de formación del contrato...”, op. cit., p. 247.

<sup>622</sup> CASARES RIPOL, J., “Canales comerciales. Redes de distribución. Ideas nueva para ceremonias antiguas”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 88.

<sup>623</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 78. En su trabajo centrado precisamente en la tutela del distribuidor, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., “Aproximación al régimen jurídico...”, op. cit., pp. 431, 476 – 478, resaltaba ya la necesidad de intervención del legislador para proteger al distribuidor dada la disparidad de poder contractual de las partes y de que la aceptación de las cláusulas, en muchos casos, draconianas, no se hubiera producido en condiciones de igualdad. Los dos momentos en los que, a juicio del autor, más se pone de manifiesto esta disparidad de poder son la génesis (vinculado con el hecho de que se trata de un contrato, en general, de adhesión) y el final (vinculado con el hecho de que suele ser un contrato de duración).

Es cuestionable, por eso, la afirmación que realiza la Comisión Nacional de la Competencia en su informe IPN 58/11, de 15 de junio de 2011, manteniendo que el contenido del contrato de distribución “*debe ser el establecido libremente por las partes ya que son operadores económicos independientes y deben estar libres de imposiciones normativas en la mayor medida posible*” (p. 12).

<sup>624</sup> Recordemos que en Italia sí que se había dictado una norma *ad hoc* dentro del ámbito del Derecho de la competencia, la Ley n. 192, de 18 de julio de 1998, mediante la que el legislador italiano introduce un instrumento de control y de reequilibrio contractual en el ámbito de una categoría concreta, el contrato de subministro en la actividad productiva. Se trata de un mecanismo que se propone tutelar las situaciones de debilidad económica que se producen cuando un sujeto se encuentra en una posición contractualmente dominante y, como sujeto económico más fuerte, abusa de dicho posicionamiento (véase Primera parte. Capítulo II. I. 2.3).

<sup>625</sup> Considerando 6º, Reglamento núm. 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.



2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, hoy sustituido por el vigente Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010; y el Reglamento (CE) 1400/2002, de 31 de julio de 2002, con la misma finalidad en el sector de los vehículos a motor, al que ha seguido el Reglamento (UE) 461/2010, de 27 de mayo de 2010, norma en vigor en la actualidad.

Ambas normas fijan una serie de requisitos que tienen que cumplir los acuerdos verticales para no caer en la prohibición del art. 101.1 TFUE -que veta los acuerdos que puedan afectar al comercio entre los países de la Unión Europea y que impidan, restrinjan o falseen la competencia-. Solo los acuerdos que creen suficientes beneficios como para superar los efectos contrarios a la competencia estarán exentos de esta prohibición (art. 101.3 TFUE), considerándose éstos los que cumplen, además de un límite de cuota de mercado menor o igual del 30%, el requisito de no incluir determinadas cláusulas que contienen restricciones especialmente graves. Se trata de cláusulas por las que los proveedores restrinjan la facultad de los distribuidores de determinar el precio de reventa de sus productos, imponiéndole uno mínimo; por las que se restrinja el territorio o la clientela de venta de los bienes o servicios – con matices-; por las que se restrinjan los usuarios finales a quienes puedan vender; o por las que se restrinja, en cuanto al suministro de piezas de repuesto se refiere, la venta del fabricante a usuarios finales, talleres de reparación independientes o proveedores de servicio (art. 4 Reglamento 330/2010)<sup>626</sup>. Asimismo, también impiden la aplicación de la exención del Reglamento ciertas cláusulas de no competencia durante y después del acuerdo así como otras que excluyen marcas específicas en un sistema de distribución selectiva (art. 5 del mismo texto)<sup>627</sup>.

Los límites a la autonomía de la voluntad que se derivan de la regulación del Derecho de la competencia se centran en unos aspectos concretos pero no alcanzan a cubrir todos los excesos que pueden llegar a producirse en los contratos de distribución y que, de hecho,

<sup>626</sup> En cuanto a los acuerdos en el sector de los vehículos de motor, a estos requerimientos se suman otros relativos a la prohibición de determinadas restricciones de ventas de recambios para vehículos de motor, herramientas de reparaciones o equipos de diagnóstico, o de capacidad del proveedor para poner su marca o logotipo en los componentes o recambios suministrados (art. 5 Reglamento 461/2010).

<sup>627</sup> Acerca de los Reglamentos, una monografía actualizada es BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre restricciones verticales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 383 p. También, aunque referidos a los anteriores Reglamentos, BERENGUER FUSTER, L.; COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia y contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 653 – 687; ZURUMENDI ISLA, A., “Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 747 – 780; CURTO POLO, M. M., “Tratamiento antitrust de los contratos de distribución. Especial referencia a la experiencia comunitaria”, en HERRERO GARCÍA, M. J. (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 41 – 96.

habitualmente se manifiestan en la práctica a través de cláusulas que se revelan “abusivas” en contratos carentes de negociación entre las partes<sup>628</sup>. A modo de ejemplo, la doctrina ha identificado como frecuentes en este sector cláusulas en relación con la duración del contrato, la modificación unilateral de condiciones contractuales, causas cuestionables de resolución del contrato, exigencias de inversiones o garantías desproporcionadas, cláusulas de sumisión expresa o renuncia a determinados derechos, entre otras<sup>629</sup>.

Dado que los contratos de distribución se caracterizan por ser relaciones estables y duraderas, las cláusulas relacionadas con la duración del contrato presentan una especial relevancia en la configuración del mismo. En ese sentido, cláusulas que permitan que el predisponente pueda decidir la transformación de contratos de duración indefinida en contratos con una duración determinada o fijar dicha duración con un plazo poco prolongado, pueden suponer un perjuicio desproporcionado para la parte débil. Piénsese que, en muchos casos, le son requeridas grandes inversiones para el desarrollo del negocio (v. gr., un franquiciado de restauración que debe acondicionar el local de acuerdo con los signos distintivos e imagen que determine el franquiciador; lo mismo puede decirse en el supuesto de distribuidores de vehículos a través de contratos de concesión, que tienen que acondicionar las instalaciones con un diseño y equipación específica). Un contrato por un breve plazo de tiempo posiblemente no garantice a la parte que ha llevado a cabo las inversiones su amortización. También en relación con la duración de los contratos, es importante observar un plazo suficiente de preaviso para la denuncia del mismo de tal forma que se asegure, bien la posibilidad efectiva de ejercitar el derecho, bien que se minimizan las consecuencias negativas para la otra parte<sup>630</sup>.

---

<sup>628</sup> A la normativa comunitaria cabe sumar la regulación nacional del Derecho de la competencia a través, principalmente, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (modificada en profundidad por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre). A ellas dedicamos un apartado específico (ver *La protección mediante el Derecho de defensa de la libre competencia*, Segunda parte. Capítulo I), al que nos remitimos para la valoración del Derecho de la competencia y su aptitud para suplir al control de contenido en contratos mediante condiciones generales –aptitud que, adelantamos, no pensamos que exista–.

<sup>629</sup> Al respecto, vide CORDERO LOBATO, E., “La jurisprudencia relativa a la contrato de distribución: exclusividad, inhibición de la competencia, desistimiento y otras cuestiones”, *Aranzadi Civil*, núm. 13, 2008; ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica...”, op. cit., pp. 12 y ss.; RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios...”, op. cit., p. 417. En el sector de los vehículos a motor, aunque extrapolable en buena parte a los contratos de distribución en otros sectores, BRIGANTY ARENCIBIA, A., “La necesidad de una ley de distribución...”, op. cit., pp. 853 y ss.

<sup>630</sup> O, como otra opción, incluir alguna cláusula que compense el potencial perjuicio que se genera con la extinción del contrato. En este sentido, en referencia a una eventual condena a indemnizar por las inversiones efectuadas por el distribuidor, sobre todo la obligación de mantener un cierto stock, CORDERO LOBATO, E., “La jurisprudencia relativa a la contrato de distribución...”, op. cit., p. 24, alude a la posibilidad de permitir que el distribuidor continúe durante un cierto tiempo en el uso de las marcas tras finalizar el contrato

Otras cláusulas habituales en los contratos de distribución son aquellas que permiten al predisponente modificar determinadas condiciones contractuales de forma unilateral, como pueden ser los criterios de remuneración, la política de devolución o aceptación de mercancías, la propia duración del contrato, la eliminación de derechos de exclusividad adquiridos, etc. Todos estos supuestos nos parecen *a priori* encuadrables dentro de la prohibición de arbitrariedad del art. 1256 Cc y, por lo tanto, potencialmente nulas las correspondientes cláusulas. El hecho de que una de las partes tenga la capacidad para variar determinados aspectos de la relación contractual es tanto como decir que el contrato queda, en cierto modo, en su mano –sin perjuicio de las matizaciones que se harán al hilo del estudio del citado precepto-<sup>631</sup>.

Cláusulas que, así mismo, pueden suponer un desequilibrio claro en un contrato de distribución a favor del predisponente son aquellas reguladoras de la resolución del contrato si los motivos que se recogen como causa justa para una desvinculación no son tan justos o quedan de algún modo a juicio de la parte fuerte del contrato. Como veremos también al hablar de la resolución por incumplimiento, éste debe ser de una cierta entidad. Por lo tanto, una cláusula en un contrato no negociado que permite al predisponente acudir a la acción de resolución del contrato ante un incumplimiento leve y puntual, nos parece una cláusula que no guarda la proporción debida en este tipo de contratación. En muchos casos, es cierto, no se trata tanto de un problema de que la cláusula sea abusiva *ab initio* sino de un problema en la aplicación de la misma pues la cláusula incorpora términos abstractos de cuya concreción –que hace el predisponente- dependerá su correcta aplicación o no. Por ejemplo, la resolución del contrato si el distribuidor deja de satisfacer de forma *persistente* al proveedor sus obligaciones de pago vencidas; o si existe un incumplimiento *reiterado* de determinadas prohibiciones; si se incumplen los estándares de venta o servicios aun después de un plazo de subsanación *razonable*; si se produce alguna situación contraria al espíritu y objetivos del contrato que haga que no se pueda *razonablemente* esperar que el fabricante o proveedor siga la relación con el distribuidor; si se realizan acciones que *deterioran el prestigio* de la marca o que, según *opinión fundada* de la compañía, afecte negativamente a la imagen de la misma<sup>632</sup>. De lo que se entienda por “razonable”, “persistente”, “reiterado” “deterioro del prestigio”, “contrario al espíritu” y “opinión fundada” dependerá que exista o no una simetría en las relaciones de las partes.

---

hasta que revenda el stock o de pactar la adquisición de los productos en stock por el proveedor al precio de suministro.

<sup>631</sup> Ver, Segunda parte. Capítulo III. I. 1.

<sup>632</sup> BRIGANTY ARENCIBIA, A., “La necesidad de una ley de distribución...”, op. cit., pp. 880 – 885. El autor obtiene estos ejemplos de contratos del sector de la automoción.

Otras cláusulas que son frecuentes en los contratos de distribución son aquellas que exigen realizar unas inversiones muy elevadas o que imponen unos objetivos de venta o unos mínimos de compra desproporcionados. Además de un claro desequilibrio contractual, estas cláusulas pueden servir al predisponente como un motivo para la resolución del contrato: inversiones muy elevadas que no pueden ser acometidas por la contraparte o cifras de venta o de compra asumibles con dificultad y que, sin embargo, pueden llegar a considerarse como incumplimiento del contrato y fundamentar la resolución. Así conceptualizado, el contrato quedaría al arbitrio de una de las partes.

También la doctrina ha señalado la inclusión de cláusulas que exigen unas garantías y cláusulas penales excesivas para cubrir insolvencias o incumplimientos, cláusulas que obligan a la adquisición de productos no pedidos, o que inducen a la utilización de servicios vinculados con la actividad principal pero distintos de ella, de empresas filiales del predisponente –como podría ser el caso de entidades financieras de la marca en la venta de automóviles por los concesionarios<sup>633</sup>-. Igualmente importantes son las cláusulas de sumisión expresa o las de aplazamiento excesivo del pago, aunque en ambos casos el legislador ha dado solución expresa al problema, a través del art. 54.2 LEC –declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos mediante condiciones generales- y de la ya mencionada anteriormente Ley contra la Morosidad en las operaciones comerciales. Para uno y otro supuesto, nos remitimos a los apartados correspondientes en los que se explica con más detalle la protección a la parte débil del contrato<sup>634</sup>.

No podemos cerrar este elenco ejemplificativo de cláusulas que se suelen incluir en los contratos de distribución sin hacer referencia a aquellas previsiones contractuales en virtud de las cuales se otorga a una de las partes unas facultades de control y supervisión sobre la actividad de la otra que no se cumplen, sin embargo, en sentido inverso. Un supuesto en el que son habituales este tipo de pactos es el contrato de franquicia. Efectivamente, en la configuración de este contrato el franquiciador es el titular de los elementos cedidos (licencias de marcas, patentes, know-how...) y el que tiene el conocimiento del negocio y del método empresarial, mientras que el franquiciado se encuentra en una posición

---

<sup>633</sup> Explica BRIGANTY ARENCIBIA, A., “La necesidad de una ley de distribución...”, op. cit., pp. 870 y ss., que, aunque los fabricantes de automóviles saben que no pueden obligar a los distribuidores a promover estos servicios ajenos a la fabricación, como los servicios de las financieras o de seguro (actuación prohibida con mayor o menor claridad por los Reglamentos comunitarios) existen “recomendaciones” explícitas que acaban teniendo que ser aceptadas por los distribuidores. El interés del fabricante en el uso de las “financieras de marca” en lugar de independientes reside en que le permite tener mayor seguridad en el cobro y un mayor control de la actividad del distribuidor.

<sup>634</sup> Capítulo III, II, 8 y Capítulo III, II, 10, respectivamente.

subordinada, integrándose en una red de franquicia<sup>635</sup>. Amparándose en este esquema y en una necesidad de controlar el desenvolvimiento del negocio y de asegurar la homogeneidad del mismo y el prestigio de la marca, se justifican injerencias en la actividad del franquiciado que sobrepasan lo que sería un control razonable. La falta de reciprocidad intrínseca al contrato de franquicia y la posición de las partes dificulta la delimitación de lo que es abusivo y lo que permanece dentro de los límites admisibles<sup>636</sup>.

Como se desprende de esta pequeña muestra de cláusulas, los problemas de abuso en el sector de la distribución -un sector, como hemos ya señalado, con contratos caracterizados en su mayoría por fuertes desequilibrios entre las partes y por ser de adhesión-, exceden de los que puedan estar previstos en las normas comunitarias específicas de Derecho de la competencia. Esto contrasta, sin embargo y como apuntábamos al inicio del epígrafe, con el hecho de que el legislador no haya sido tan partícipe de esta preocupación. Así, las únicas menciones al respecto en la legislación contractual vigente las encontramos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y en la Ley del Contrato de agencia. En este último caso, porque se ha planteado la aplicación analógica de algunos de sus preceptos (como, por ejemplo, del frecuentemente invocado art. 28 y su régimen de indemnización por clientela) a supuestos distintos del contrato de agencia. En cuanto a la LOCM, porque su art. 62 contiene una referencia al contrato de franquicia, y, en concreto su apartado tercero, a una serie de deberes precontractuales de información, que han sido desarrollados por el art. 3 del Real Decreto 2485/1998 y, posteriormente, por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores<sup>637</sup>.

---

<sup>635</sup> Sobre el contrato de franquicia, *cfr.* GINER PARREÑO, C. A., “Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías”, *Derecho de los negocios*, tomo 1990 – 1991, pp. 340 – 355; RUIZ PERIS, J. I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991, 198 p.; TORRUBIA CHALMETA, B., “Contratos de distribución...”, *op. cit.*, pp. 372 – 386; CIENFUEGOS MATEO, M., “Contrato de franquicia, ordenación del comercio y Derecho de la competencia”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2005, pp. 71 – 102; RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos. Problemática actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 331 p.

<sup>636</sup> Se han señalado como criterios para una valoración el hecho de que las cláusulas guarden relación con el objeto del contrato y sean adecuadas y proporcionadas al fin contractual legítimo (CORDERO LOBATO, E., “La jurisprudencia relativa a la contrato de distribución...”, *op. cit.*, p. 19) o que estén en consonancia con la causa negocial (RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia...*, *op. cit.*, p. 192).

<sup>637</sup> El artículo 3 del RD de 2010 reza del siguiente modo respecto del régimen de información precontractual al potencial franquiciado: “Con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa: a) Datos de identificación del franquiciador [...]; b) Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora [...]; c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia [...]; d) Experiencia de la empresa franquiciadora [...]; e) Contenido y características de la

No obstante, son de observar en los últimos años iniciativas para la creación de una regulación de los contratos de distribución que desembocaron en junio de 2011 en un Proyecto de Ley<sup>638</sup>. La Exposición de Motivos daba buena cuenta de la necesidad de normativa en la materia:

*“Pero los cambios que ha sufrido el sector de la distribución comercial aún no se han visto reflejados en la legislación. El sector de la distribución continúa teniendo a los Códigos Civil y de Comercio como principal referencia normativa. Junto a estos, algunas regulaciones parciales como la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia, o la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y sus desarrollos reglamentarios. Por eso se necesita un instrumento normativo de alcance general actualizado al nuevo contexto económico y a los modelos de negocio utilizados en el mercado. [...] La presente ley se propone modernizar la regulación del sector, cumpliendo algunos objetivos de notoria importancia. En primer lugar, busca mejorar la transparencia del sector y fomentar su competitividad, incidiendo en el equilibrio de los contratantes [...]”* (párrafos 5º a 8º).

Y, efectivamente, la idea de amparar a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela aparece a lo largo del texto normativo con relativa frecuencia. Así, dentro de los llamados “Principios Rectores” (art. 4), aunque se parte del principio de libertad de pactos, se resalta, entre otros, el de buena fe en la ejecución e interpretación o la obligación de realizar las modificaciones y novaciones por mutuo acuerdo de las partes y sin que exista abuso de dependencia. Función análoga a lo dispuesto acerca de los deberes de información precontractual en el contrato de franquicia cumple el art. 6 que, además, incluye en su apartado cuarto una interesante limitación en cuanto a exigencia de una fianza o garantía precontractual como condición para la incorporación a la red de distribución o para la efectividad de determinadas cláusulas contractuales, pues *“deberá ser proporcionada y razonable, atendiendo a la previsión de facturación, al objeto del contrato de distribución y a su duración”* (recordemos los abusos a través de garantías excesivas). También se intenta poner coto a los atropellos en relación con la fijación de los objetivos comerciales (art. 11) o la obligación de compras mínimas (art. 12), que deben determinarse teniendo en

---

*franquicia y de su explotación [...]; f) de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España [...]; g) obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.*

<sup>638</sup> Proyecto de Ley de contratos de distribución, de 29 de junio de 2011, Serie A, núm. 138-1.

Los antecedentes del Proyecto de Ley, comenzando por una propuesta de la sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia en 2006, son narrados por ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Problemas de política jurídica...”, op. cit., pp. 1 – 2.

cuenta las necesidades de abastecimiento del mercado que sean razonablemente previsibles en cada momento<sup>639</sup>, debiendo avisarse con tiempo suficiente posibles variaciones de pedidos que excedan de lo habitual en cada época. En cuanto a los abusos por obligación de adquisición de productos no pedidos, se prohíbe al proveedor que pueda obligar a la compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor – salvo determinados casos de distribución selectiva- (art. 12.1).

Evidentemente, un aspecto que ocupa una parte especial del articulado es el relativo a la duración y extinción del contrato. En lo que a nosotros nos interesa, por los ejemplos antes apuntados de cláusulas comunes en los contratos de distribución y que podrían ser abusivas, el art. 21 es revelador al exigir que los contratos tengan que prever un período de duración mínimo *“suficiente para hacer posible la amortización de las inversiones específicas necesarias para el cumplimiento del acuerdo”*. Por otra parte, en cuanto al preaviso, también queda clara la relevancia del cumplimiento del mismo para denunciar unilateralmente el contrato, pudiendo ir de un mes a seis y, lo más importante a nuestro juicio, teniendo en cuenta que *“las partes podrán pactar plazos de preaviso superiores a los establecidos pero no renunciar o establecer plazos inferiores”* y que *“los plazos de preaviso deberán ser iguales para ambas partes”*. De este modo, se limita la autonomía de la voluntad de las partes pues será nulo aquel plazo de preaviso que no respete el mínimo marcado por el art. 23.

Los supuestos extraídos del articulado del Proyecto a modo de ejemplo de regulación protectora de la parte débil son de aplicación a todo contrato de distribución, con independencia de si ha existido negociación o no, ya que lo dispuesto en el texto normativo se entiende sin perjuicio de la LCGC, a la que remite el art. 9 *“cuando se utilicen en un contrato condiciones generales de la contratación”*<sup>640</sup>. En cualquier caso, como sabemos, esta remisión a la LCGC solo supone un “plus” de protección al adherente respecto del

---

<sup>639</sup> Este razonamiento se encuentra en algunas sentencias, como la STS de 2 de marzo de 2001 [TOL 60.995], que da por válida en un contrato de distribución de automóviles una cláusula por la que la concesionaria se comprometía a esforzarse en lograr el máximo de ventas de las mercaderías objeto de la concesión, fijándose unas unidades mínimas de compra por acuerdo entre las partes y de no llegarse a dicho concierto, la concedente se reservaba su determinación *“a partir de las estimaciones de venta por un periodo de doce meses”*, llegándose en caso de incumplimiento reiterado a la resolución de la relación negocial. La determinación de dichos mínimos, señala el órgano jurisdiccional, en absoluto fue arbitraria o desproporcionada, sino la apropiada, teniendo en consideración datos objetivos como el número de matriculaciones y basándose en datos estadísticos del Centro de Investigaciones Socio-Económicas (CISE), siguiéndose unos criterios generalizados y comunes a los fabricantes de otras marcas de automóviles.

<sup>640</sup> Las motivaciones de extender una normativa protectora de este tipo tanto a contratos negociados como a los no negociados posiblemente tengan distintas motivaciones en el ámbito de la morosidad y en el de la distribución: en el primer caso, por la importancia para la economía de controlar los retrasos en los pagos; por la desigualdad estructural que suele haber en el sector, en el caso de la distribución.

control de inclusión pero no así al de contenido, por lo que, desde un punto de vista general y sin que profundicemos ahora en cada una de ellas, nos parecen pertinentes las normas del Proyecto que pretenden controlar abusos contractuales típicos en el sector en la medida en que suponen una nueva vía de protección.

Este Proyecto de Ley de contratos de distribución (PLCD), a pesar de tramitarse de urgencia, se quedó sin aprobar por convocatoria anticipada de elecciones, siguiendo el sector, por tanto, huérfano de legislación. Este panorama parecía que iba a cambiar con la Propuesta de Código Mercantil, pues dentro de los contratos que regulaba se habían incluido, en un primer momento, los contratos de distribución (arts. 543-1 a 543-24)<sup>641</sup>, inclusión que fue suprimida sin embargo con posterioridad en la transformación de la Propuesta en Anteproyecto de Ley. Es de resaltar el carácter eminentemente dispositivo que tenía la normativa –la regulación de la distribución en la Propuesta–, a diferencia de los textos anteriores, dando peso a la autonomía de la voluntad de las partes y su pretensión de ser una regulación neutra, en el sentido de que “*procura un justo equilibrio de las relaciones contractuales entre las partes sin perseguir la tutela del distribuidor por influjo de la consideración de que es la parte débil de la relación contractual*”<sup>642</sup>. Quizás por eso no observamos un paralelismo total con el Proyecto de 2011, pues previsiones que parecen responder a prácticas negativas habituales en el sector –como la exigencia de garantías desproporcionadas–, desaparecían, o bien no se recogían de forma tan clara en la Propuesta –como las limitaciones a la determinación de objetivos comerciales u obligaciones de compra mínima excesivos–. Sí se recogía en términos similares la obligación del preaviso, tanto en plazo como en limitación de carácter imperativo de la autonomía de las partes para pactar plazos menores a los señalados en la ley.

---

<sup>641</sup> Acerca de la Propuesta del Código Mercantil y los contratos de distribución, ver ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, 2014. También hace una referencia PERALES VISCASILLAS, P., “Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 306 – 308.

<sup>642</sup> ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución...”, op. cit., pp. 2 – 4. Señala el autor que la Propuesta, “*en lugar de establecer un catálogo de obligaciones y derechos de las partes, establece unas pautas de comportamiento contractual de las mismas con base en la buena fe, que es la que debe regir la relación entre ellas, y deja a la autonomía de la voluntad la regulación del resto de las cuestiones atendiendo al caso concreto, con los límites marcados por la legislación en materia de condiciones generales de los contratos*”. La pregunta que inmediatamente nos surge es cuáles son realmente esos límites para la autonomía de la voluntad que comporta la legislación en materia de condiciones generales –más allá de unos meros requisitos formales– pues, como sabemos, la LCGC, única norma aplicable a contratos mercantiles, remite a las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos y la propia Propuesta de Código Mercantil no preveía tampoco un control de contenido para estos contratos.



Sin embargo, desaparecía la obligación de que los plazos fueran iguales para ambas partes. Esto podría no tener mucha repercusión porque, al fin y al cabo, los perjuicios que conlleva la denuncia unilateral de una de las partes para la otra no tienen por qué ser iguales y pueden variar, por ejemplo, en función del grado de dependencia o volumen de negocio de cada una respecto de la otra. El problema es que sería raro el contrato en el que la parte fuerte no se reserva el plazo de preaviso más beneficioso para sus intereses, aunque esto sea perjudicial para el otro contratante.

En cuanto a la diferencia de plazos según la situación de las partes y las características de la producción, nos parece muy expresiva la diferenciación que hacía el PLCD en su art. 23.3: *“Salvo pacto en contrario, en los casos en que un comprador o grupo de compradores coordinado sea adquirente habitual de más de la mitad de la producción de un proveedor productor en origen, la denuncia o abandono del suministro por el comprador deberá anunciarse con un preaviso mínimo de seis meses. Cuando el productor o proveedor en origen venda la totalidad de su producción a un único comprador o grupo coordinado de compradores y la producción requiera una planificación de la campaña con antelación superior a un año el plazo de preaviso será anual”*. En este caso, la parte débil de la relación jurídica es el productor o proveedor en origen pues el otro contratante tiene una posición de preeminencia que vendría dada tanto por el tamaño que se le presupone –bien porque se trata de un grupo de compradores coordinados, bien porque es un solo comprador pero que adquiere una buena parte o la totalidad de la producción-, como por la situación de dependencia que tiene el productor respecto de ese contrato en la medida en que en él concentra entre la mitad y la totalidad de su producción. Esto conlleva la necesidad de fijar un mínimo de plazo de preaviso, en función del tipo de producto y del volumen de compra.

La propia Exposición de Motivos de la Propuesta subrayaba la importancia de la regulación de la duración del contrato, de carácter imperativo, con la idea de favorecer a la parte más débil de la relación contractual, que en muchos casos se trata de pequeñas y medianas empresas (VI-85). Siguiendo en la misma línea, es de resaltar la relevancia que también que se le daba en la Propuesta de Código mercantil a la necesidad de pactar un plazo de duración del contrato que permitiera la amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato, sin que éste se pudiera denunciar antes –o con la obligación de pagar, en caso contrario, la indemnización correspondiente (art. 543-22)-.

Pues bien, decíamos que “parecía” que la situación de ausencia de regulación en el sector de la distribución iba a cambiar con esta Propuesta que se estaba tramitando, porque entre las modificaciones que sufrió el 30 de mayo de 2014, cuando se aprobó por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, se encuentra, precisamente, la

supresión del capítulo correspondiente a los contratos de distribución. De este modo, aún en el supuesto de que entrara en vigor de la nueva norma mercantil, este sector seguiría careciendo de regulación *ad hoc*. Esta ausencia no sería tan relevante, sin embargo, si contáramos con una norma que permitiera un control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, que garantizaría que los abusos pudieran ser atajados, también en los contratos de distribución. Y, por lo expuesto, se podría decir que *de forma especial* en los contratos de distribución, dados los desequilibrios estructurales que existen y el uso habitual de contratos de adhesión en este sector.

***RECAPITULACIÓN: LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO  
ADHERENTE Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y NACIONAL***

---

La idea esencial defendida en la primera parte de este capítulo es la afirmación del empresario adherente como posible sujeto necesitado de la protección que supone el control de contenido. El proceso de formación de los contratos predispuestos difiere del de los contratos negociados en un aspecto básico: la ausencia de una plena autonomía de la voluntad bilateral. En el momento en el que una de las partes –el adherente- no ha tenido oportunidad de participar en la determinación del contenido del contrato sino que éste le viene impuesto por su posición débil frente al predisponente, no se puede decir que dicho contrato es expresión de la libertad e igualdad de los contratantes. Libertad, la de determinar el contenido de un contrato, que forma parte de la libertad de contratar y que no es preservada por la existencia de un mercado competitivo. Si, como suele ser habitual en este tipo de contratos dado que una de las partes está regulando tanto sus intereses como los ajenos, la regulación de las obligaciones y derechos de las partes resulta desequilibrada en perjuicio del adherente, es necesario, en aras de garantizar dicha libertad, asegurar un cierto equilibrio en la composición, equilibrio que sería el presumiblemente alcanzado si ambos contratantes hubieran podido negociar en relativas condiciones de igualdad. Si en los contratos negociados libertad implica la no intromisión en el contenido del contrato - resultado de la autonomía de la voluntad de los contratantes-, en los contratos predispuestos, libertad significa control del contenido del contrato si éste contiene abusos.

Este déficit de autonomía privada, pieza clave de la argumentación anterior, no es exclusivo de los contratos de consumo. Por tanto, teniendo en cuenta la necesaria diferenciación entre un adherente consumidor y un adherente empresario –mayor autorresponsabilidad exigible al empresario por contratar en el marco de su negocio con ánimo de lucro- y, asimismo, entre distintos tipos de empresarios -no todos necesitados de protección-, el control de contenido está justificado también en ciertos contratos no negociados entre empresarios. Será la posición de fuerza relativa entre ambos contratantes –posición dominante del predisponente y correlativa posición de debilidad del adherente- la que, principalmente, determine la necesidad de protección del segundo.

Este presupuesto de partida -la necesidad de protección mediante control de contenido de ciertos empresarios adherentes- se refuerza al mirar hacia algunos ordenamientos jurídicos vecinos y a las tendencias de Derecho privado europeas. Así, en algunos de los países – Alemania, Portugal, Holanda- se contempla de forma expresa un control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, aludiendo a los mismos argumentos que han sido señalados arriba: distinto poder de negociación entre las partes, que impide que exista libertad para determinar el contenido del contrato; dependencia del adherente; situación de vulnerabilidad por falta de recursos para el asesoramiento o falta de experiencia, que conlleva el desconocimiento del verdadero alcance del clausulado. Se diferencia, eso sí, la protección del consumidor de la del empresario adherente y también entre distintos tipos de empresarios adherentes. Se recurre para ello, por ejemplo, a fórmulas como los usos y costumbres vigentes en el comercio (“*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*”) o los intereses típicos del círculo de personas normalmente implicadas en negocios de la misma especie (“*quadro negocial padronizado*”) o bien a un criterio más concreto, como el número de trabajadores y el volumen de facturación (Holanda y Reino Unido en su propuesta de reforma). Incluso en países en los que no hay una previsión general de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios, han ido surgiendo ciertas regulaciones parciales para situaciones en las que ambas partes son empresarios y que están íntimamente asociadas con supuestos de desigualdad estructural entre los contratantes. Es el caso de Italia con el “*contratto di subfornitura*” o con el “*diritto di regresso*” a favor del minorista o el de Francia, con su Ley para la Modernización de la economía y la protección frente a desequilibrios significativos en los derechos y obligaciones de las partes. Son normas de alcance limitado y en algunos casos concebidas más bien dentro del Derecho de la competencia que, aunque con distinta finalidad, comparte con el problema de la predisposición contractual en las condiciones generales la existencia de una posición de dominio de la parte fuerte. Sin embargo, tanto su propia promulgación como la doctrina y jurisprudencia generadas a su alrededor, no dejan de ser indicadores de una voluntad de protección de determinados sujetos y en determinados supuestos en el ámbito empresarial.

Es más, en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan expresamente un contenido de control general para el empresario adherente débil, es común denominador el intento de doctrina y jurisprudencia de recurrir a reglas de Derecho general de obligaciones y contratos para intentar paliar posibles abusos por parte de los predisponentes. En el caso francés sobresale, como no podía ser de otra forma, el recurso a la “*cause*” en las cláusulas

de limitación de responsabilidad a través del concepto de “obligaciones esenciales”. Pero tanto en Francia como en el resto de ordenamientos, las figuras son comunes: abuso de derecho, buena fe, culpa grave, dolo, orden público, moderación de las cláusulas penales, etc. Serán las mismas cuyas posibilidades como normas de control de contenido analizaremos en los siguientes capítulos, dado que en España tampoco existe control de contenido en contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

Y todavía más elocuente nos parece el hecho de que en todos los países analizados<sup>643</sup> así como en el ámbito europeo estén en marcha, con mayor o menor recorrido, proyectos de reforma o de unificación que, en lo referente a la contratación predispuesta, tienen en común entender que el consumidor no es el único adherente digno de tutela. Así ocurre en Francia, en Italia y en Reino Unido (y también en España). Y así ocurre, en línea con esta tendencia, con todas las propuestas de Derecho europeo de contratos, con la sola excepción del Proyecto de Pavía. Los PECL, DCFR, Principios Acquis y la Propuesta europea de Reglamento de compraventa contemplan al empresario adherente como sujeto a proteger, con algunas diferencias en su configuración pero coincidiendo en la idea de base ya aquí repetida: la imposición contractual implica la necesidad de control si conlleva desequilibrios significativos en el contenido.

En España, decíamos, también hay un movimiento de reforma del Derecho de obligaciones y contratos que ha dado lugar a una Propuesta para su modernización. No solo amplía el ámbito subjetivo del control de contenido a todo adherente, sino que incluye una novedad, tanto en nuestro país como en Derecho comparado, estableciendo una presunción de abusividad de aquellas condiciones generales que se aparten del Derecho dispositivo (contrasta éste con el otro proceso de reforma, el del Código de comercio, que sigue restringiéndolo a los contratos con consumidores). Pero, atendiendo al Derecho positivo vigente, nuestro país debe ser catalogado junto a aquellos otros que carecen de un control de contenido en los contratos predispuestos fuera del ámbito de consumo. Así, la LCGC, si bien configura un control de incorporación aplicable a todo adherente –cuestionado por su excesiva rigidez para el ámbito empresarial- y recoge las reglas clásicas de interpretación en este tipo de contratos –destacando el uso (¿y abuso?) por parte de la jurisprudencia de la regla *contra proferentem* para proteger a la parte débil-, deja fuera del control material a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Estos contratos, a pesar de la sustancial diferencia en el proceso de su formación, solo se verán afectados por las normas

---

<sup>643</sup> Evidentemente, nos referimos a los países cuyos ordenamientos jurídicos no contemplan el control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios.

imperativas o prohibitivas generales, esto es, por los mismos límites que los contratos negociados: Ley, moral y orden público, según el art. 1255 Cc. La solución, a nuestro juicio, es insatisfactoria, pues el control verdaderamente relevante y que garantiza la libertad del adherente necesitado de protección no es el de incorporación -dado que la conducta eficiente es no leer las cláusulas- sino el de contenido.

Y este escenario no cambia a pesar de la existencia de ciertas normas sectoriales que, por la situación de debilidad en la que típicamente se encuentran algunos empresarios en esas relaciones contractuales, incluyen –o han intentado incluir- puntuales límites a la autonomía de la voluntad con la intención de elevar el nivel de protección. Esto ocurre en la Ley del contrato de seguro, que contempla la nulidad de las “cláusulas lesivas” para prácticamente todo asegurado<sup>644</sup>, en la idea de que la condición de empresario del adherente no excluye su posición de inferioridad respecto del asegurador. Otro ámbito tradicionalmente vinculado con los contratos de adhesión es el del transporte de mercancías -ya sea terrestre, marítimo o aéreo-, cuya regulación incluye previsiones especialmente encaminadas a evitar que la parte fuerte de la relación traspase de forma desproporcionada a la débil los riesgos del contrato mediante cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. La primera norma en nuestro ordenamiento jurídico que introduce en la contratación entre empresarios una verdadera fórmula de control de contenido basado expresamente en la buena fe es la Ley de lucha contra la morosidad, eso sí, respecto de todo contrato –no solo predispuestos- y limitada a plazos de pago, intereses de demora e indemnización por costes de cobro en las operaciones comerciales. Por último, nos encontramos con el sector de la distribución, representativo donde los haya de los contratos predispuestos y entre partes claramente desequilibradas. En este caso, tras alguna tentativa fracasada de regulación nacional general que permitiera corregir estos desequilibrios, la realidad es que los contratos de distribución tienen en la actualidad –con muy puntuales salvedades- como únicos límites los dispuestos para todo contrato en el Código de comercio y el Código civil.

No dejan de ser éstas regulaciones parciales, tanto en cuanto al tipo de contratos a los que se aplican como a las cláusulas que tienen por objeto. Y esto, en el mejor de los casos. Como acabamos de ver, sectores tan típicamente proclives a asimetrías entre los contratantes como el de la distribución, están carentes de una normativa adecuada. Además, y ya en general, fuera de estos sectores específicos, por supuesto que también es común la contratación mediante condiciones generales entre empresarios que, por el ámbito en el

---

<sup>644</sup> Salvo dos supuestos caracterizados por la igualdad entre asegurado y asegurador.

contratan, por su tamaño, capacidad o dependencia respecto del predisponente, están necesitados de una protección más elevada de la que pueden proporcionarles los tradicionales límites a la autonomía de la voluntad pensados para contratos en los que, a diferencia de estos, existe una plena autonomía privada de ambos contratantes. Esta función del Derecho imperativo, la moral y el orden público como mecanismos de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios es la que nos va a ocupar el Capítulo III de la Segunda parte, si bien, como veremos, resultan insuficientes para proteger adecuadamente al empresario adherente en casos en que la regulación impuesta por la otra parte resulta claramente “desequilibrada”.





***SEGUNDA PARTE***

***LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE POR CAUCES NO  
ESPECÍFICAMENTE PREVISTOS PARA CONDICIONES GENERALES DE LA  
CONTRATACIÓN***

---



## CAPÍTULO I

**LA PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA LIBRE  
COMPETENCIA**

---

No es la primera vez que aparece el Derecho de la competencia en este trabajo. Lo hizo en el Capítulo I, tanto en la primera parte como en el apartado del sector de la distribución, sector que, por su estructura, puede ser proclive a restringir la competencia. De ahí la existencia de ciertas normas dictadas *ad hoc* para evitar que determinados acuerdos en las relaciones empresariales verticales tengan efectos que perjudiquen a los mercados competitivos. Junto a la normativa comunitaria específica citada en ese momento<sup>645</sup>, encontramos en el ámbito nacional dos normas –la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal– que forman el núcleo del Derecho de la competencia y en las que nos detendremos brevemente para analizar su aptitud como mecanismo de protección de los empresarios débiles, postura que ha sido mantenida por algunos autores y razón que justifica que nos detengamos en este punto.

Efectivamente, tanto la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>646</sup> (en adelante, LCD), albergan figuras que parece pueden tener una cierta finalidad tuitiva de la parte débil. Es el caso, por un lado, de la prohibición de “*explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio*”, recogida en el art. 2 LDC<sup>647</sup> y de los actos de competencia desleal “*que por falsear la libre competencia afecten al interés público*”, según el art. 3 del mismo texto legal. Por otro, la cláusula general del art. 4.1 LCD, según la cual “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las*

---

<sup>645</sup> Recordamos el Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril, respecto de determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y el Reglamento (UE) 461/2010, de 27 de mayo, con la misma finalidad en el sector de los vehículos a motor.

<sup>646</sup> Reformada en profundidad por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

<sup>647</sup> A modo ejemplificativo, el legislador recoge una serie de supuestos que podrán ser considerados abusos, tales como: “a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos”.

*exigencias de la buena fe*”, así como una de las concreciones de ese comportamiento desleal que aporta el legislador, la recogida en el art. 16.2 LCD, en virtud del cual

*“2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.*

*3. Tendrá asimismo la consideración de desleal:*

*a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.*

*b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”.*

El control que representan estas figuras en los contratos entre empresarios ha llevado a afirmar a algunos autores, decíamos, su suficiencia como mecanismo para proteger en todos los casos a la parte contractual débil –la parte que sufre el abuso de posición de dominio o la explotación de la situación de dependencia económica- sin que sea necesario, por tanto, articular una protección especial para los contratos entre empresarios mediante condiciones generales<sup>648</sup>. Aunque es cierto que ciertas situaciones de abuso pueden quedar cubiertas por el Derecho de la competencia, no hay buenas razones para pensar que éste por sí solo puede sustituir al control de contenido típico de los contratos de adhesión.

Para empezar, tras un análisis de la figura del abuso de posición dominante de la LDC, pronto comprobamos que se trata de un concepto que no tiene por finalidad principal tanto la protección de la parte débil del contrato como de la competencia en el mercado<sup>649</sup>.

Aunque el legislador no define la posición de dominio se ha entendido por tal aquella situación en la que el operador económico puede actuar de manera independiente en el

---

<sup>648</sup> GINER PARREÑO, C. A., “Condiciones generales de la contratación. Autonomía privada y competencia”, *Estudios sobre consumo*, núm. 32, 1995, p. 24.

<sup>649</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBÓ JUAN, A. (dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 195: “[E]l objetivo del Derecho de la competencia en general y de la prohibición de abuso en particular es proteger la competencia y no proteger a los competidores [...]”.

mercado sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes<sup>650</sup>. Para determinar la existencia de esta posición de dominio es necesario delimitar previamente el mercado relevante que se va a tener como referencia y atender a una serie de criterios como la cuota de mercado, la potencia económica y comercial de los competidores, el grado de integración vertical y dominancia en mercados conexos, la existencia de barreras de entrada, etc.<sup>651</sup>

En todo caso, lo que se prohíbe no es la posición dominante en sí misma –pueden existir monopolios o empresas con importantes cuotas como consecuencia de la estructura del mercado- sino la actuación abusiva que de ese poder puedan hacer<sup>652</sup>. Se trata de un singular abuso del derecho “*que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia*” (SSTS de 8 de junio de 2010 [RJ\2010\8069], de 11 de noviembre de 2009 [RJ\2010\1726], de 15 de octubre de 2008 [RJ\2008\5734]). A partir de la definición de la conocida sentencia de “*Hoffmann La Roche*”<sup>653</sup>, se delimitan una serie de requisitos que tienen que concurrir para que exista un abuso de posición de dominio, entre los que resaltamos que se trate de un comportamiento que pueda afectar a la estructura del mercado y que pueda impedir o dificultar el nivel de competencia existente o su incremento.

Las conductas que interesan a la LDC son, por tanto, conductas que van más allá de la mera relación particular de las partes contratantes, en la medida en que, junto a la existencia de una posición de dominio y su abuso, tiene que haber un resultado que afecte a la estructura

<sup>650</sup> Sobre la definición de posición de dominio, entre otros, vide RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 996 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso...”, op. cit., pp. 197 y ss.; HERNÁNDEZ, F., “Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado”, en BELLO, M. P.; HERNÁNDEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 119 y ss.; GUTIÉRREZ, A., “Comentario al artículo 2”, en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA, J. M., et al. (dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2010, pp. 129 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 342 y ss.

En la famosa sentencia del caso *United Brands*, (STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto núm. 27/76) el Tribunal de Justicia señala que la posición dominante “*se refiere a la situación de poder económico que ostenta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores*”.

<sup>651</sup> Con detalle, GUTIÉRREZ, A., “Comentario al artículo 2...”, op. cit., pp. 130 y ss.

<sup>652</sup> HERNÁNDEZ, F., “Prohibición del abuso de posición...”, op. cit., pp. 115 – 116; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sobre el abuso de posición dominante...”, op. cit., p. 984. Como señala el TS (STS de 29 de marzo de 2012 [RJ\2012\8003]), “*en principio la existencia de una posición dominante no priva a la empresa que la ocupe del derecho a preservar sus propios intereses comerciales, cuando se encuentran amenazados*”.

<sup>653</sup> Caso *Hoffmann-La Roche & Co. AG* contra la Comisión de las Comunidades Europeas, STJCE de 13 de febrero de 1979, núm. 85/76.

del mercado, a la competencia. En este sentido, se dice, los intereses que defiende la LDC son, principalmente, intereses públicos y no tanto los privados de los operadores económicos, que son los que presiden el Derecho de obligaciones y contratos<sup>654</sup>. Aun cuando pueda en algunos casos desempeñar una función tuitiva, la necesidad de que concurren unos requisitos técnicos basados en elementos económicos –posición dominante según cuota de mercado y resultado que afecte al comercio- y la diversidad de finalidades – el Derecho de la competencia no pretende remediar el desequilibrio contractual sino que vela por la regulación de los mercados<sup>655</sup>-, separan a la figura del abuso de posición dominante de poder ser un sustituto real del control de contenido en la contratación empresarial mediante condiciones generales.

Más fino hay que hilar en el caso de la LCD. Esta norma evoluciona con la última reforma<sup>656</sup> y *“deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado”* (EEMM, III.1)<sup>657</sup>. Pero, a diferencia de la LDC, tiene un enfoque más centrado en el punto de vista de los intereses de los particulares. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo al afirmar que la Ley de Competencia Desleal *“tiene por finalidad la protección de la competencia en interés de los participantes del mercado y no del propio mercado”* (STS 27 de julio de 2003 [TOL307.999]).

Pues bien, los dos preceptos que nos interesan a los efectos de este trabajo son los señalados líneas arriba: por una parte, la cláusula general del art. 4, con remisión a la buena fe objetiva como criterio para determinar los actos desleales -un concepto que nos es muy

---

<sup>654</sup> ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 45. Esto se evidencia también en el art. 3 LDC donde se sancionan los actos de competencia desleal *“que por falsear la libre competencia afecten al interés público”*. Dentro de este interés público, es conocido el hecho de que el objetivo de la legislación sobre competencia concuerda en parte con el de la legislación de consumo al pretender, de forma más mediata o inmediata, la promoción del bienestar de los consumidores (GÓMEZ POMAR, F., “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del Derecho”, *InDret*, núm. 113, enero 2003, pp. 2 -4).

En todo caso, como señala RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia...*, op. cit., pp. 177 – 178, al requerir que el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y afecte al interés público se *“reduce el campo aplicativo de la competencia en favor del Derecho contractual por dejar fuera de su ámbito los acuerdos de menor interés concurrencial”*.

<sup>655</sup> IDOT, L., “La protection par le droit de la concurrence”, en JAMIN, C.; MAZEAUD, D. (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, Paris, 1997, p. 63.

<sup>656</sup> Alude a los sucesivos cambios en materia de competencia desleal, MAESTRO BENAVENTE, R., “El ilícito de explotación de situación de dependencia económica en la jurisprudencia: a propósito de la SAP de Málaga de 12 de diciembre de 2005”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 6, enero – junio, 2010, p. 1;

<sup>657</sup> Al respecto, RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia...*, op. cit., p. 180; MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, julio – diciembre, 2010, p. 1.

familiar en el ámbito contractual<sup>658</sup>; por otra, el artículo que precisa como uno de esos actos desleales en contratos entre empresarios la explotación de una situación de dependencia económica.

Se entiende que una empresa está en situación de dependencia económica respecto de otra cuando no tiene una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, cuando “*no puede prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la empresa con poder relativo de mercado fuerte sin que su capacidad competitiva se vea seriamente afectada*”<sup>659</sup>. Es decir, se entiende por “alternativa” “*la posibilidad de sustituir, en la relación contractual que liga a ambas partes, a la empresa fuerte por otra empresa que esté en condiciones de suministrar o adquirir los bienes o servicios que suministraba o adquiriría la empresa fuerte*”<sup>660</sup>; y por “equivalente”, que ésta sea “*suficiente y razonable*”<sup>661</sup>, en función de la situación de la empresa presuntamente dependiente en el mercado relevante y las consecuencias que puede tener el uso de la alternativa sobre su capacidad competitiva.

Junto con la situación de dependencia económica, el ilícito del art. 16.2 LCD requiere una explotación o abuso de la misma, poniendo el legislador como ejemplos no exhaustivos la obligación por parte del sujeto dependiente de conceder ventajas adicionales y específicas a la parte fuerte, la no observancia de un preaviso escrito y de seis meses como mínimo en caso

<sup>658</sup> Acerca de la buena fe del art. 4, MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito de aplicación y cláusula general...”, op. cit., pp. 5 y ss, señala que supuso una ruptura muy considerable con los planteamientos hasta entonces vigentes en la materia, pues era habitual, hasta ese momento, referir el juicio de deslealtad a la contravención a los buenos usos en materia comercial, buenas costumbres, usos honestos, o expresiones similares. Del mismo autor, también: Comentario al artículo 5, en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 61 – 77, apuntando la voluntad del legislador de buscar un parámetro objetivo y que no dependiera de los usos en la práctica del comercio (p. 61).

Igualmente recoge la jurisprudencia la evolución de la cláusula general del actual art. 4 LCD: “*El tipo abierto de que se trata está construido siguiendo el estándar de la buena fe, que en la redacción de la norma se impuso a otros términos considerados “sectoriales y de inequívoco sabor corporativo”, tales como “la corrección profesional” o “usos honestos en materia comercial e industrial” –este último utilizado en el artículo 10 bis, apartado segundo, del Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883–*” (STS de 29 de febrero de 2012 [TOL2.488.692])

<sup>659</sup> ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia...*, op. cit., pp. 230 – 231. En general, sobre la situación de dependencia, pp. 230 y ss. Acerca de la situación de dependencia económica, también VIDAL MONFERRER, R. M., “Comentario al artículo 16”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 279 – 282.

<sup>660</sup> ESTEVAN DE QUESADA, C., “Franquicia y abuso de dependencia económica”, *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo XXVI, 2005 – 2006, pp. 156 – 157.

<sup>661</sup> Traído del Derecho alemán, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., “Franquicia y abuso...”, op.cit., pp. 160 y ss. Por su parte, ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia...*, op. cit., pp. 232 – 234, habla de una alternativa “*suficiente y viable*”. La SAP Córdoba de 25 de enero de 2014 [JUR\2014\13006] puntualiza que la alternativa equivalente en el mercado no es viable cuando, a pesar de que existan otras fuentes de aprovisionamiento en el mercado, esta alternativa no es real sino meramente potencial o bien cuando la reorientación de la producción o del funcionamiento de la empresa afectada que necesariamente implica el cambio de actividad pone en peligro la subsistencia en el mercado de la empresa dependiente.

de ruptura y la obtención de condiciones beneficiosas como consecuencia de una amenaza a la empresa dependiente de ruptura de las relaciones comerciales<sup>662</sup>.

Una buena síntesis de los requisitos para que concurra la conducta tipificada en el art. 16.2 LCD la encontramos en la SAP Barcelona de 18 de junio de 2008 [JUR\2008\316876]. “*Para determinar dicha situación de dependencia*”, señala el órgano jurisdiccional, “*es necesario, en primer lugar, identificar el mercado relevante en términos subjetivos, para, a continuación, analizar si en ese mercado existen o no alternativas equivalentes para la actora, y, en tercer término, enjuiciar la acción de explotación de esa situación de dependencia económica, por cuanto dicha acción [...] constituirá un ilícito desleal en la medida en que carezca de justificación objetiva y ocasione un perjuicio a la posición competitiva de la actora*”.

Se ha resaltado del supuesto del art. 16.2 LCD su finalidad de protección al empresario dependiente o débil. Sumado al enfoque de la LCD, la pregunta que surge entonces es: ¿podrían ser estas figuras de la LCD suficiente mecanismo de tutela en los contratos entre empresarios haciendo innecesario, así, un control de contenido específico para los contratos mediante condiciones generales?

En este sentido, es cierto, que, a diferencia de la LDC -que, como vimos, perseguía la protección del interés público-, los citados ilícitos de competencia desleal se acercan más al Derecho de obligaciones y contratos pues tienen como finalidad proteger los intereses privados de los empresarios<sup>663</sup>. Aun coincidiendo en alguno de los objetivos con la LDC – la propia EEMM de la LCD señala claramente que “*la institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección*” (III.1)-, se abordan desde una perspectiva eminentemente privada<sup>664</sup>. De hecho, se ha situado a la LCD como punto de encuentro entre el Derecho de la competencia y el Derecho de obligaciones y contratos<sup>665</sup>. Mientras que en la posición de dominio el poder de la entidad es absoluto, es decir, frente a competidores, clientes y consumidores, la posición de poder de la empresa fuerte en la figura de la situación de dependencia económica es relativa, esto es, en esa relación individual<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> Explicando la conducta relevante de la explotación de la situación de dependencia económica, VIDAL MONFERRER, R. M., “Comentario al artículo 16...”, op. cit., pp. 282 – 287.

<sup>663</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia...*, op. cit., p. 180.

<sup>664</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., Comentario al artículo 1..., op. cit., p. 22.

<sup>665</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia...*, op. cit., p. 186.

<sup>666</sup> Esta distinción entre posición de dominio absoluto o relativo la hacen MASSAGUER FUENTES, J., “La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal”, en VVAA, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia,



Respecto de un contrato de suministro de aceite de oliva y valorando si concurre el ilícito del art. 16.2 LCD, señala la SAP de Madrid de 28 de octubre de 2011 [AC\2011\2271] que *“lo que debe analizarse es si la entidad demandante padecía una situación de dependencia económica respecto de la demandada en dicho mercado o, lo que es lo mismo, si la demandada gozaba de poder de mercado relativo, esto es, de poder de mercado frente a la demandante, sin que se precisara que lo tuviera frente a la generalidad de los suministradores de aceite de oliva que es lo que diferencia la situación de dependencia económica y este ilícito concurrencial de la posición de dominio prohibida por el Derecho de la competencia o la legislación antitrust”*<sup>667</sup>.

Otra nota que separa a la competencia desleal del Derecho de defensa de la competencia y la acerca al Derecho de obligaciones y contratos es la naturaleza de los órganos encargados de velar por la aplicación de las normas. Efectivamente, mientras que son órganos administrativos, como la Comisión Nacional de la Competencia, los que mayoritariamente aplican la LDC<sup>668</sup>, la competencia para conocer de la LCD la ostentan los Juzgados de lo Mercantil<sup>669</sup>. Mientras que las resoluciones de los órganos administrativos contendrán, en su caso, multas, las relativas a actos de competencia desleal se traducirán en indemnizaciones de daños y perjuicios<sup>670</sup>.

Pero, a pesar de esta relativa aproximación al Derecho de contratos, estamos de acuerdo con los autores que niegan que el Derecho de la competencia supla un control material en los contratos mercantiles mediante condiciones generales. Así, siguiendo a ALBIEZ, el control que se puede ejercer sobre las cláusulas abusivas por medio del Derecho de la

---

1995, p. 2220; ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación...*, op. cit., p. 228; ESTEVAN DE QUESADA, C., “Franquicia y abuso...”, op. cit., pp. 149 – 150.

<sup>667</sup> Asimismo, la SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2007 [JUR\2007\333292].

<sup>668</sup> Aunque esta diferencia se ha diluido un tanto ya que una de las mayores aportaciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, fue admitir expresamente la posibilidad de la denominada aplicación privada de las normas de competencia (arts. 1 y 2) por parte de los Juzgados de lo Mercantil (Disposición Adicional 1ª), ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución en la Propuesta...”, op. cit., p. 7.

<sup>669</sup> Cfr. por ejemplo, la STS de 27 de julio de 2003 [TOL307.999], que declara competentes a los Tribunales del orden civil en lugar del Tribunal de Defensa de la Competencia para conocer de los litigios en los que se ejercitan las acciones previstas en la LCD.

<sup>670</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 1...”, op. cit., pp. 22 – 23. Como señala el autor, el sector de la competencia desleal descansa en nociones y categorías de Derecho privado.

Cosa distinta es que mediante un acto de competencia desleal se falsee la competencia en el sentido de la LDC, en cuyo caso estaremos en este último ámbito (hay que tener en cuenta, al respecto, la previsión que en este sentido realiza el art. 3 LDC: “La Comisión de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”)

competencia es mucho más reducido que el control de contenido del Derecho de las condiciones generales de la contratación<sup>671</sup>.

Es más, se ha hecho notar por algún autor la existencia de una especie de confusión por parte del legislador respecto al ámbito del Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho de la competencia libre y desleal. Así, para BERENGUER y GINER<sup>672</sup>, los supuestos específicos de abuso de posición dominante y competencia desleal suponen “*claras intromisiones*” en materias que “*deben estar gobernadas por el Derecho de obligaciones y contratos o, en su caso, por las disposiciones de ordenación del comercio minorista*”, haciendo referencia, en concreto, al supuesto de dependencia económica, ya que es también un problema de equilibrio de las prestaciones en el contrato.

Incluso aunque el recurso a la buena fe objetiva del art. 4 LCD se haya visto como uno de los aspectos que acercan a ambos sectores porque se trata de un concepto que sale de la esfera estrictamente civil para extenderse a otros ámbitos<sup>673</sup>, también se ha dicho, en la misma línea de los comentarios anteriores, que no sería deseable una interpretación de la buena fe de ese artículo en clave excesivamente civilista. “*No puede perderse de vista*”, señala MARTÍNEZ SANZ, “*que estamos hablando en esta LCD del derecho a desarrollar libremente una actividad económica en el mercado, debiendo prevalecer el buen funcionamiento de éste y el principio de competencia efectiva*”<sup>674</sup>.

En este sentido también se ha expresado la jurisprudencia al separar la noción de exigencia ética que implica la buena fe del art. 4 LCD de la buena fe contractual y subordinarla a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica “*pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado*” (SAP Cáceres de 7 de febrero de 2012 [AC\2012\429]). Por lo tanto, la regla de conducta que resulta exigible en ese precepto tiene

---

<sup>671</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Mercado interior...”, op. cit., p. 119; *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 299.

A los argumentos teóricos sumamos la aplicación práctica. ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., “Problemas de política jurídica...”, op. cit., p. 4, afirma que su aplicación práctica del art. 16.2 LCD se ha reducido – indebidamente, matiza – a las relaciones entre competidores y no entre contratantes, siendo raramente concebido como un instrumento para el reequilibrio de la lealtad en las prestaciones. Por nuestra parte, la jurisprudencia que hemos manejado sí que trata de relaciones entre contratantes y no solo entre competidores pero la realidad es que la explotación de una situación de dependencia del art. 16.2 LCD no ha sido utilizada por la jurisprudencia como un control de cláusulas excesivas en los contratos.

<sup>672</sup> BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A., “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Derecho de los negocios*, año 11, núm. 114, marzo 2010, p. 28.

<sup>673</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia...*, op. cit., pp. 179, 185.

<sup>674</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 5...”, op. cit., p. 61.

que ponerse en relación con las exigencias políticas y normativas de la Constitución española y su art. 38: libertad de empresa y represión de conductas que la supriman o restrinjan amenazando la estructura competitiva del mercado (SSAP Barcelona de 24 de julio de 2001 [JUR\2004\54724], de 26 de julio de 2003 [AC\2003\1911] y de 13 de marzo de 2006 [TOL1.009.921]).

Cierto es que pueden existir puentes entre el ámbito contractual y el Derecho de la competencia<sup>675</sup>. Especialmente, en el caso de la competencia desleal y la explotación de una situación de dependencia económica, pues ya hemos visto, entre otros aspectos, el enfoque de la norma hacia la protección de los intereses particulares de los agentes que actúan en el mercado. Esto hace que no sea tan evidente su descarte a modo de regla de control de contenido como en el caso del abuso de posición dominante. Pero, al fin y al cabo, no puede perderse de vista que se trata de un texto legal de defensa de la competencia, como bien claro deja su Exposición de Motivos y el hecho de que la conducta relevante del ilícito trate de asegurar que el comportamiento de las empresas fuertes no sea diferente del que deberían tener en una situación de equilibrio o competencia<sup>676</sup>.

El tipo descrito en el art. 16.2 LCD no requiere para su comisión que los efectos del acto desleal alcancen una especial gravedad o trascendencia sobre el funcionamiento del mercado, a diferencia de la LDC, pues basta con que se demuestre el comportamiento abusivo de un participante en aquel en su relación con otro que se halle en situación de

---

<sup>675</sup> No tenemos que ir muy lejos para constatarlo. De nuevo volvemos sobre el apartado dedicado al Derecho comparado, donde tenemos dos ejemplos de ello: el ordenamiento francés, con su art. L. 442-6 I 2º Ccom y el italiano, con la Ley del contrato de subministro y su art. 9. Recordamos que el precepto francés, insertado dentro de un Capítulo dedicado a las prácticas restrictivas de la competencia, obliga a todo productor, comerciante, industrial o persona en el desempeño de un oficio a la reparación de los perjuicios causados como consecuencia de haber sometido a la otra parte comercial a obligaciones que creen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Por su parte, el art. 9 de la Ley italiana del contrato de subministro, declara la nulidad de los pactos que supongan un abuso de dependencia económica, entendiendo por tal la existencia de un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones en las relaciones comerciales. Nos remitimos a los correspondientes apartados en los que se recoge cómo, efectivamente, en ambos casos se trata de normas respecto de las que la doctrina ha puesto de manifiesto una naturaleza o posible interpretación híbrida, entre lo contractual y lo concurrencial. Resaltamos, sin embargo, una diferencia muy importante, a nuestro juicio, con la regulación española que nos ocupa y es que, tanto el mecanismo protector del Código de comercio francés como el de la Ley italiana del contrato de subministro, expresamente utilizan una fórmula inspirada en el Derecho de consumo como es el excesivo o significativo desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes. En la LCD, por el contrario, no existe ninguna referencia a este patrón tan de Derecho de los contratos, basándose todos los criterios en cuestiones económicas y de mercado.

<sup>676</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “La explotación de una situación de dependencia...”, op. cit., p. 2219: “*el art. 16.2 LCD está llamado a preservar la competencia económica de las restricciones estructurales y funcionales que pueda deparar la libertad con que ciertas empresas cuentan al conformar sus relaciones con otras empresas gracias a la asimetría de su respectivo poder en el mercado, asegurando que la conducta de las primeras no difiere de la que debieran observar en una situación de equilibrio, si se vieran sometidas a la presión de otras empresas con un poder equiparable en su mismo mercado, y, en su caso, preservando la competencia residual en este mercado*”. También, VIDAL MONFERRER, R. M., “Comentario al artículo 16...”, op. cit., p. 278.

dependencia económica y carezca de alternativas semejantes. No obstante, esta figura se inspira en criterios que son propios de los sistemas antitrust y la finalidad con la que se ha tipificado es que el funcionamiento del sistema concurrencial no resulte influido por la interferencia de imposiciones derivadas de una desigualdad de posiciones que resulte excesiva a aquel fin. Se considera que deteriora el funcionamiento concurrencial del mercado la obtención por un operador de ventajas que no lograría si no fuera por la falta de posibilidades de elección que ha de soportar quien se encuentra en una correlativa posición de dependencia (STS de 29 de febrero de 2012 [TOL2.488.692]; SAP Orense de 4 de febrero de 2014 [TOL4.120.140])

El ámbito de las condiciones generales de la contratación es otro. Si bien está claro que hay una parte fuerte y otra débil, pues este desequilibrio es el que posibilita que una parte pueda imponer su voluntad contractual a la otra, que la acepta sin negociación alguna, los términos son distintos. No es necesario cumplir con unos requisitos técnicos para determinar si la parte fuerte ostenta una posición de dominio o la débil una de dependencia económica, en función de criterios económicos y de mercado tasados. Es más, como vimos en el primer Capítulo, la existencia de competencia no afecta para nada el razonamiento de la necesidad de un control de contenido en los contratos mediante condiciones generales. El porqué de la necesidad de un control de contenido del contrato cuando éste se formaliza mediante condiciones generales no reside solo en que concurra un desequilibrio económico concreto tipificado. Este desequilibrio, entendido de una manera amplia, repetimos, está presente en cierta medida en el momento en el que una de las partes tiene la capacidad de imponer a la otra sus condiciones. Pero el porqué de la necesidad de un control de contenido del contrato en contratos predispuestos reside en que existe un déficit jurídico - pues el procedimiento de contratación se caracteriza por la ausencia de una plena autonomía de la voluntad bilateral-, unido a un desequilibrio de obligaciones y derechos, que hay que compensar. Por lo tanto, aunque ambos casos tengan en común la existencia de un desequilibrio, la cuestión en las condiciones generales no es que la parte débil “firme” porque no tiene otra alternativa equiparable, como se exige en la dependencia económica del art. 16.2 LCD –puede ser que la tenga, puede que no, no es requisito-. Como sabemos, el especial procedimiento contractual y el hecho de que, como vimos en el Capítulo I, no exista competencia en el ámbito de las condiciones generales de tal forma que suelen ser similares todas, hace que no sea eficiente para el adherente leer el clausulado, ni, por tanto, exigible, con matices para el caso de los adherentes empresarios respecto de los consumidores. Otra cosa es que, recogiendo esta última idea, pueda ser tomada en cuenta la concreta situación de dependencia económica del empresario adherente a los efectos de

valorar la mayor o menor autorresponsabilidad que le es exigible<sup>677</sup>. Así lo hicimos en la primera parte del Capítulo I, al intentar delimitar el empresario adherente susceptible de ser protegido por un control material. El criterio principal era, de hecho, la posición relativa de las partes, para la que habría que tener en cuenta el tamaño del adherente, su experiencia, recursos, nivel de dependencia del predisponente, posición de dominio de este último, etc.

Por último, aunque el Derecho de las condiciones generales también trabaja para el buen funcionamiento del mercado -y, de hecho, éste es un argumento que, a nuestro juicio, respalda la justificación del control material-, a diferencia del Derecho de la competencia, aquél no es sino un objetivo, una finalidad o consecuencia mediata. El control de contenido busca declarar la nulidad de una cláusula si es abusiva por el procedimiento contractual por el que se ha incluido en el contrato, con independencia de que afecte o no al mercado y a la competencia o de que exista o no esta última. Pueden ambas normativas solaparse en ciertos casos pero ni su *ratio* ni el ámbito de la “abusividad” y de la “deslealtad” coinciden, siendo muchos los supuestos de cláusulas “abusivas” entre empresarios que quedarían sin protección a través de la LCD.

---

<sup>677</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 280: “la dependencia económica puede y debe jugar un papel en la valoración de la buena fe en las relaciones entre empresarios más allá de consideraciones de mera competencia en el mercado”.



## CAPÍTULO II

### **LA NO POSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO**

---

El control de contenido de los contratos mediante condiciones generales aparece regulado en el artículo 8 de la Ley de condiciones generales de la contratación (LCGC), diferenciando dos regímenes de protección dispares. De ahí que, como hemos visto con detenimiento, el apartado primero declare nulas de pleno derecho “*las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva [...]*” mientras que el apartado segundo, de aplicación restringida a los contratos con consumidores, sanciona con la nulidad las cláusulas abusivas, esto es, aquellas “*definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”.

Tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), hay que entender que la remisión que realiza este artículo al artículo 10 bis hace referencia al artículo 82 y siguientes de la citada norma.

De esta regulación se desprende, como ya sabemos, que mientras que respecto del control de incorporación no se distingue entre consumidores y no consumidores, el control de contenido queda reservado a los contratos celebrados con los primeros. Tal y como se ha argumentado en el Capítulo I, también en contratos de adhesión concluidos entre empresarios pueden darse situaciones susceptibles de tutela por encontrarse una parte respecto de la otra en una situación de inferioridad similar a la de un consumidor, careciendo, sin embargo, de una norma expresa en sede de condiciones generales de la contratación que la proteja de posibles cláusulas “abusivas”.

Es por ello que parte de la doctrina se ha planteado en algún momento la posibilidad de aplicar a los contratos de adhesión mercantiles la cláusula general que recoge el artículo 8.2 LCGC, hoy artículo 82.1 TRLGDCU, recurriendo a la figura de la analogía. Habida cuenta

que, como indica ATIENZA<sup>678</sup>, la analogía permite introducir cambios en el sistema jurídico –siempre limitados en el sentido de ir dirigidos a preservar su unidad y coherencia–, se trataría de una figura que facilita resolver, en su caso, el problema de la innovación del ordenamiento jurídico pero conservando su estructura.

De la definición de analogía, como mecanismo consistente en aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para el supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza<sup>679</sup>, se desprenden los requisitos que la conforman: la existencia de una laguna legal y la apreciación de identidad de razón. Empezaremos con éste último, ya analizado en apartados anteriores y cuya concurrencia, como se ha visto, no nos presenta muchas dudas, para centrarnos en la controvertida presencia de una laguna jurídica, criterio que, adelantamos, será determinante para negar la posibilidad de ampliar la aplicación del control de contenido más allá de los contratos con consumidores.

### 1. ¿IDENTIDAD DE RAZÓN?

Este presupuesto implica la existencia de una igualdad jurídica esencial entre el caso por regular y el regulado. Igualdad que se predica, no de los supuestos de hecho, sino de la consecuencia jurídica, esto es, “*que las razones de política legislativa que subyacen a la consecuencia jurídica de la norma a aplicar deben operar también en el caso planteado, por lo que procede extender esos mismos efectos*”<sup>680</sup>.

En la actualidad hay un cierto consenso en la doctrina respecto a la necesidad de un tratamiento específico en la contratación entre empresarios mediante condiciones generales en lo que a control de contenido se refiere, idea central en este trabajo. De hecho, como hemos tenido ocasión de señalar, encontramos indicios en las tendencias legislativas que

---

<sup>678</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 36 y 180.

<sup>679</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario del artículo 4”, en SIERRA GIL (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 380 y 381.

<sup>680</sup> COCA PAYERAS, M., Voz “Analogía”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1994, p. 452. También ROCA TRÍAS, E., “Comentario del artículo 4”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1989, pp. 605 - 606; GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario del artículo 4”, en PAZ-ARES, C.; DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et. al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 29, “Comentario del artículo 4...”, op. cit., p. 381; LETE DEL RÍO, J. M., “Reflexiones sobre la analogía”, *Actualidad Civil*, 2003, núm. 4, pp. 109 - 110; PENA LÓPEZ, J. M., “Comentario al artículo 4”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 52.



avalan esta inclinación proteccionista a favor de los empresarios que sean parte débil en determinados contratos. Un ejemplo es la ya conocida por nosotros Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales y que, a pesar de las sucesivas reformas de las que sido objeto, conserva la misma finalidad. Tras la constatación, según la Exposición de Motivos, de que los plazos de pago excesivamente amplios y la morosidad en el pago de deudas contractuales producen efectos especialmente negativos en la pequeña y mediana empresa, introduce en el ordenamiento jurídico español una sanción de nulidad para aquellas cláusulas, pactadas o no y referentes a la fecha de pago y al tipo interés de demora, que contengan un contenido manifiestamente abusivo en perjuicio del acreedor (artículo 9). Con una estructura que recuerda al control de contenido en las relaciones con consumidores, esta Ley se centra, precisamente, en las operaciones comerciales puesto que sólo tienen la condición de sujetos especialmente protegidos los profesionales cuando son acreedores<sup>681</sup>.

Sin ánimo de ser repetitivos, hemos tenido ocasión de ver cómo fuera del ámbito nacional, los distintos textos de Derecho europeo revelan la disposición a proteger al empresario adherente débil y, por último, no podemos olvidar que en ciertos países de nuestro entorno el modelo por el que se ha optado protege también a los empresarios que se adhieren a condiciones generales, siendo los ejemplos más evidentes Alemania y Portugal, con sus peculiaridades propias.

Todos estos razonamientos nos conducen a pensar que, aunque la necesidad de protección no puede ser igual para consumidores y profesionales –e incluso tampoco entre todos los empresarios- por los motivos ya expuestos, los problemas de desigualdad en los contratos concluidos mediante condiciones generales se producen al margen de la presencia o no de un consumidor y que, por tanto, la justificación de base para la tutela de ambos “colectivos” es, en gran medida y salvando diferencias de intensidad, la misma.

Pues bien, para que concurra la “identidad de razón” es necesario que el elemento de identidad entre los supuestos de hecho sea el que el legislador tomó en consideración para establecer la norma que se quiere aplicar por analogía. El fundamento del control de contenido se basa en la diferente posición en que se encuentran las partes respecto de las condiciones generales por el peculiar proceso de formación de la autonomía de la voluntad,

---

<sup>681</sup> Cfr. Segunda parte. Capítulo III. I. 10.

lo que propicia un posible abuso del predisponente frente al adherente. Si la “característica jurídicamente relevante”, la *ratio legis*, es evitar estos potenciales abusos de una parte sobre la otra dada la configuración negocial de las condiciones generales y, por otra parte, los problemas derivados de un déficit de funcionamiento de la autonomía privada no son exclusivos del adherente consumidor, sería posible argumentar la aplicación analógica de esta norma para procurar la protección de todo tipo de adherente parte débil, ya sea consumidor o empresario.

Es decir, la finalidad que busca la ley al introducir un control de contenido no se vería alterada por la inclusión de los profesionales dentro del ámbito subjetivo de aplicación de esta norma. La razón que impulsó al legislador a regular en este sentido –procurar la protección del contratante que, por su posición en un negocio jurídico con un peculiar proceso de formación de la voluntad, es la parte débil-, no sólo se predica en la práctica del consumidor sino también del empresario.

## **2. INEXISTENCIA DE LAGUNA JURÍDICA**

Si bien parece que podríamos encajar dentro del concepto “identidad de razón” la relación entre el fundamento del control de contenido existente en contratos concluidos con consumidores y el que se quiere aplicar en contratos entre empresarios, el artículo 4.1 Cc exige, además, que las normas cuya aplicación analógica se pretende “*no contemplen un supuesto específico*”, esto es, la existencia de una laguna jurídica.

¿Se puede afirmar, ante el silencio de la LCGC respecto al control de contenido en contratos entre empresarios, que estamos ante una laguna jurídica? Hay autores en la doctrina que han entendido que el silencio del legislador debe ser cubierto con la analogía mientras que otros, por el contrario, interpretan que la clara voluntad del legislador reacia a extender el ámbito de aplicación del control de contenido impide recurrir al expediente de la analogía para proteger al empresario parte débil en un contrato mediante condiciones generales. Para poder entender unos y otros razonamientos y llegar a una conclusión, debemos detenernos en el análisis del *iter* legislativo de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en concreto, respecto de su actual artículo 8, regulador del control de contenido.

El Proyecto de Ley presentado en el Congreso de los Diputados el 5 de septiembre de 1997 contaba con una redacción del artículo dedicado a la nulidad de las condiciones generales abusivas prácticamente en los mismos términos que el actual artículo 8 LCGC<sup>682</sup>. Pero no había sido éste el sentido de todos los textos previos de la Ley y la decisión de no extender la protección a todos los adherentes mediante una cláusula general sobre condiciones abusivas (solución mantenida por diversos Anteproyectos pero que, como hemos apuntado, no tuvo continuidad en el Proyecto y posterior Ley de Condiciones Generales de la Contratación) fue muy criticada por diversos sectores.

Efectivamente, el artículo 7 del Anteproyecto rezaba de la siguiente forma:

*“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa.*

*2. Serán también nulas las cláusulas generales que sean abusivas, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 1 bis de la ley general de consumidores y usuarios aunque el adherente no sea un consumidor”.*

Sin embargo, su artículo homónimo en el Proyecto aprobado por el Gobierno el 29 de agosto de 1997 y publicado el 5 de septiembre del mismo año<sup>683</sup> —que después pasaría a ser el artículo 8—, limita el ámbito subjetivo del control de contenido a los contratos con consumidores con una regulación de la nulidad de las condiciones generales tal y como la conocemos en el texto legal vigente.

Esta ausencia de mención tuvo entre sus detractores al Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio que, en su informe al Consejo de Estado durante la tramitación del Anteproyecto, muestra su disconformidad con el hecho de que se deje de

---

<sup>682</sup> “1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”.

<sup>683</sup> Artículo 7 del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación: “Norma general. Nulidad de las condiciones generales abusivas. 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”.

proteger del abuso al pequeño y mediano empresario<sup>684</sup>. En la misma línea, el propio Consejo de Estado aboga por aplicar la sanción de la nulidad a las condiciones generales que sean abusivas de acuerdo con el concepto general recogido en el artículo 10 bis 1 de la LCDCI también cuando se trata de contratos celebrados entre empresarios<sup>685</sup>:

*“Es cierto que la consideración de todas las cláusulas a que se refiere la proyectada disposición adicional de la LGDCU como condiciones nulas en la contratación entre empresas podría introducir rigideces empresariales no deseadas. Pero no parece que pueda afirmarse lo mismo respecto del concepto general de las cláusulas abusivas, contemplado en el proyectado artículo 10 bis.1 de la LGDCU; si una determinada condición general, que no ha sido negociada individualmente, es contraria a la buena fe, y causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, parece que sí debería ser sancionada con la nulidad, incluso aunque se trate de contratos entre empresarios. La misma flexibilidad de los conceptos utilizados en la definición permitirá tener en cuenta las características específicas de la contratación entre empresas, pero permitiendo al mismo tiempo una protección de aquéllas que se encuentren en una situación de inferioridad.*

*Por tanto, podrían considerarse como condiciones generales nulas las cláusulas contempladas en la definición general del artículo 10 bis.1, aunque se trate de contratos celebrados entre empresas, excluyéndose, en estos casos, la aplicación de la disposición adicional”.*

También la doctrina se pronunció de forma negativa ante la solución dada en el Proyecto. Para ALFARO<sup>686</sup>, era razonable seguir la línea del Anteproyecto y aprovechar la necesidad de adaptar el Derecho español al comunitario para regular las condiciones generales utilizadas frente al empresario, sin comprender *“qué sentido tiene una ley de condiciones generales como la del Proyecto de ley que en sus aspectos fundamentales no se aplica más que a los consumidores siendo así que a éstos se les aplica, con carácter preferente, otra norma de contenido prácticamente idéntico”*. Por su parte, POLO<sup>687</sup> critica la rebaja drástica del nivel de protección que prometía el Anteproyecto, orientación que califica de *“sorprendente”*, expresión también utilizada por MIQUEL<sup>688</sup> ante la no existencia de un

---

<sup>684</sup> Dictamen núm. 3194/97/MA, del Consejo de Estado, de 24 de julio de 1997, p. 6.

<sup>685</sup> Dictamen núm. 3194/97/MA, del Consejo de Estado, de 24 de julio de 1997, pp. 15 y 20.

<sup>686</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., “El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, año XVI, julio septiembre 1997, pp. 869 – 870. En la misma línea, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El ámbito de aplicación de las normas...”, op. cit., p. 12.

<sup>687</sup> POLO, E., “Apuntes críticos a la Ley...”, op. cit., pp. 262 y 269.

<sup>688</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario del artículo 8...”, op. cit., p. 454; La nulidad de las condiciones generales, en DELGADO ECHEVARRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 195.

específico control de contenido de las condiciones generales en la LCGC, hecho que “*no tiene parangón en una Ley de condiciones generales*”.

La ausencia de un verdadero debate no permite, según ALBIEZ<sup>689</sup>, saber cuál fue la razón por la que se optó por dejar fuera de la Ley el control de contenido en las cláusulas abusivas entre empresarios, habiendo “*razones de peso para una verdadera ley de condiciones generales de la contratación*”. Con esa ausencia de verdadero debate el autor hace referencia al procedimiento de urgencia por el que se aprobó el texto de la LCGC y que, respecto a la extensión del control de contenido a las relaciones entre empresarios, fue ciertamente parco.

El texto del Proyecto de Ley se expone en el Congreso de los Diputados el día 5 de septiembre de 1997 para la presentación de enmiendas el 23 de octubre del mismo año. Las que nos atañen respecto del ámbito subjetivo del artículo dedicado a la nulidad son dos, ambas rechazadas en las votaciones.

La enmienda número 3 del Grupo Parlamentario Coalición Canaria<sup>690</sup>, respecto del artículo 7, añade una frase final al mismo mediante la que la nulidad de las condiciones generales por ser declaradas abusivas podría darse “*aun cuando el contrato se haya celebrado entre profesionales*”. A la conveniencia de extender a los profesionales la protección contra el uso de cláusulas abusivas se une, según este grupo, la aptitud del artículo 10 bis.1 LGDCU para tener en cuenta las características específicas de la contratación entre empresas, sin que les fuera aplicable la Disposición Adicional de la misma ley.

Por su parte, el Grupo Socialista dedica su enmienda número 28<sup>691</sup> al mismo artículo con una modificación similar, proponiendo la inclusión de un añadido final, de tal forma que se pudieran declarar abusivas las cláusulas “*aun cuando el adherente no sea un consumidor de conformidad a la misma*”.

---

<sup>689</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 151 – 153. En la misma línea, haciendo una recopilación bibliográfica, VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El ámbito de regulación del futuro “derecho contractual europeo”. De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradores de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 411 – 412.

<sup>690</sup> Proyectos de Ley, Serie A, núm. 78-6, 23 de octubre de 1997, p. 22.

<sup>691</sup> Proyectos de Ley, Serie A, num. 78-6, 23 de octubre de 1997, p. 28.

La defensa de estas enmiendas es sostenida de forma más amplia por parte del Grupo Socialista, que considera que

*“también de acuerdo con el Consejo de Estado, [...] si admitimos, como se admite por parte del proyecto y de la enmienda transaccional primera, que esta ley se aplica también a contratos en los que el adherente sea un profesional, es lógico que, cuando se declaren las condiciones nulas, lo sean aun cuando el adherente no sea un consumidor de conformidad a la misma”<sup>692</sup>*

Este planteamiento choca con la exposición del Grupo Popular que rechaza ambas enmiendas por el perjuicio que podría causar al tráfico jurídico y mercantil del país la extensión del control de contenido a los contratos entre empresarios<sup>693</sup>:

*“...aunque evidentemente es sostenible en derecho esta solución y sin duda, éste es el camino por el que va la Unión Europea en los últimos tiempos, hoy por hoy, y en tanto en cuanto no haya una disposición que normalice esta situación en todo el ámbito europeo, nos parecería un factor de rigidez en materia contractual no aconsejable para nuestro país si fuera tomado de forma unilateral. Hoy por hoy entendemos que estas relaciones entre empresas deben seguir rigiéndose por lo dispuesto en el Código de Comercio y, supletoriamente, en el Código civil, sin necesidad, por ejemplo, como se derivaría de la aceptación de su enmienda, de redactar una lista de cláusulas abusivas también para ellos o de reproducir exactamente la que incorporamos para las relaciones con consumidores, lo cual plantearía numerosas dudas en relación con el tráfico mercantil o el tráfico jurídico en general”<sup>694</sup>*.

Con independencia de lo acertado o no de ciertas afirmaciones<sup>695</sup>, ambas enmiendas son rechazadas, tanto en la votación como en el Informe de la Ponencia<sup>696</sup>, con lo que, tras

---

<sup>692</sup> El diputado del Grupo Parlamentario Socialista Íñiguez Molina en la defensa de su postura estima, como conclusión a la anterior cita, que “si hay una condición nula debemos aplicarla tanto a los supuestos en que sea un consumidor como a los supuestos en que no lo sea. El artículo 7 tiene su trasposición en el artículo 10 bis, y por tanto no sería necesario, pero sí lo es para las demás condiciones generales de contratación para los que sean profesionales. O sea, que esto va unido a la enmienda del artículo 1 bis”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 10 de febrero de 1998, núm. 370, p. 10904.

<sup>693</sup> El diputado por el Grupo Popular Burgos Gallego rechaza la enmienda número 1 de Coalición Canaria “porque hace extensivo un régimen adecuado a los consumidores y recogido en la disposición adicional primera, que reforma la Ley general para la Defensa de los consumidores y usuarios, a los contratos con condiciones generales, donde puede que no intervenga un consumidor. La extensión de este régimen nos parece que puede lesionar el tráfico jurídico, el tráfico mercantil en nuestro país y convertirse en un elemento de obstaculización del mismo”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 10 de febrero de 1998, núm. 370, p. 10907.

<sup>694</sup> El mismo ponente, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 10 de febrero de 1998, núm. 370, p. 10908.

<sup>695</sup> Estas rigideces chocan con la experiencia alemana y portuguesa, que ya aplicaba una cláusula general, en el primer caso, y una cláusula general y un listado de cláusulas abusivas, en el segundo.

pasar por el Senado sin sufrir ninguna modificación en el aspecto que nos ocupa, se aprueba definitivamente el 6 de abril de 1998<sup>697</sup>.

Así, del texto de la Ley, se deriva que a los contratos concluidos entre empresarios tan sólo se les aplica el apartado primero del artículo 8, siendo el parámetro para declarar la nulidad de una cláusula las normas imperativas o prohibitivas pero, en ningún caso, la cláusula general del artículo 10 bis de la LGDCU, hoy artículo 82 del TRLGDCU, que queda reservada para los contratos en los que hay un consumidor.

Sin embargo, si acudimos a la Exposición de Motivos de la LCGC, nos encontramos con una serie de afirmaciones que han sido calificadas por la doctrina negativamente por la confusión que generan. Muy al contrario de negar un control de contenido a los contratos comerciales, de la literalidad de los párrafos 8º y 9º de la Exposición de Motivos de la LCGC hay quien deriva la existencia de tal control.

Sorprendentemente, tras centrar el ámbito de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, la Exposición de Motivos pasa a referirse a la contratación entre empresarios en los siguientes términos:

*“Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.*

*En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce”.*

Son muchas las preguntas que se generan tras la lectura de estas líneas que parecen admitir la posibilidad de sometimiento a un control de contenido también de las condiciones

---

<sup>696</sup> “Respecto de las enmiendas núms. 28 (GS) y 3 (GCC), se propone a la Comisión la no incorporación al texto del Proyecto de Ley”, Informe de la ponencia, Proyectos de Ley, Serie A, núm. 78-8, 10 de febrero de 1998, p. 66.

<sup>697</sup> Aprobación definitiva por el Congreso, Proyectos de Ley, Serie A, núm. 78-11, 6 de abril de 1998.

generales utilizadas entre profesionales y empresarios, “*afirmaciones insólitas que se ven posteriormente desmentidas en el texto articulado de la Ley*”, en palabras de POLO<sup>698</sup>. ¿Se puede entender, a la luz de la Exposición de Motivos y de la ausencia de mención en el artículo 8.1 de la LCGC, que existe una laguna jurídica que debe ser suplida siguiendo una supuesta voluntad del legislador favorable a esta extensión? ¿Tiene más peso, por el contrario, la idea opuesta a la existencia de una laguna jurídica a la vista de los trabajos prelegislativos y la limitación en el texto legal del ámbito de las cláusulas abusivas a la contratación con consumidores?

Antes de entrar a valorar los distintos argumentos doctrinales en relación con la existencia o no de laguna jurídica y, por tanto, de la posibilidad de recurrir al expediente de la analogía, nos parece conveniente hacer un repaso a la jurisprudencia y su relación con la analogía en este punto. Comenzaremos con una serie de **resoluciones** que, con diversos argumentos, **consideran procedente llevar a cabo un control de contenido en contratos entre empresarios con apoyo en la LCGC y/o normativa de consumo.**

Aunque de fecha anterior a la promulgación de esta norma, nos parece relevante hacer referencia a un grupo de sentencias del Tribunal Supremo en las que se aplica normativa de consumidores a relaciones entre empresarios, como sería la sentencia de 13 de noviembre de 1995 [RJ\1995\8601], resolución que declara la nulidad de determinadas cláusulas insertadas en un contrato de arrendamiento financiero entre dos empresas por contravenir el artículo 10

---

<sup>698</sup> POLO, E., “Apuntes críticos a la Ley...”, op. cit., p. 269. El mismo comentario encontramos en la obra de PAGADOR, autor que no entiende “*que se afirme que [...] tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual [...], puesto que éstas se encuentran en el Código civil, el cual, como es sabido, no incluye el control de contenido como causa de nulidad de cláusulas contractuales. Y más aún sorprende el que las declaraciones vertidas en la Exposición de Motivos no hayan encontrado reflejo en el articulado de la LCGC*” (PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 223 – 224). La calificación adversa de estos párrafos de la Exposición de Motivos es común a toda la doctrina, por quien ha sido calificada de “*desafortunada*” (de nuevo, PAGADOR LÓPEZ, J., *La conformación del derecho interno español a impulso del derecho comunitario: el paradigmático caso de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, en ARROYO MARTÍNEZ, I., *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 471); “*como un juego de declaraciones bastante confuso y contradictorio*” (RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 406).

Algunos autores, sin embargo, han visto en la Exposición de Motivos la vía para aplicar la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones prevista para los consumidores a los contratos entre empresarios. Es el caso de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 8”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 265 – 266, para quien del texto de la Exposición de Motivos se deduce que la diferencia de tratamiento que el legislador ha querido en materia de control de contenido reside en la “*no aplicación a los contratos entre profesionales de la lista de cláusulas abusivas recogida en la nueva disposición adicional primera LGDCU*”. Volveremos, en todo caso, sobre el valor de la Exposición de Motivos y sus diversas interpretaciones.



de la LGDCU respecto a limitación de responsabilidad de la entidad financiera y a la inversión de la carga de la prueba, sin cuestionarse si la parte perjudicada cumplía con el requisito de ser consumidor. Por su parte, también el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de febrero de 1998 [RJ\1998\1167]) entiende de aplicación la LGDCU, no como *ratio decidendi* pero sí, en cualquier caso, como “*norma supletoria de carácter general*”, a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre empresarios en el que las fincas que servían de garantía constituían un hotel. Así, en diversos apartados del artículo 10 de la referida Ley se recoge, según el órgano jurisdiccional, “*el espíritu equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas, o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso; circunstancias que, como hemos dicho, no coinciden en el supuesto que estudiamos*”.

La STS de 27 de abril de 1998 [RJ\1998\2933], en la misma línea, considera de aplicación la Directiva 93/13/CEE<sup>699</sup> (aunque según se dice en la sentencia, se hubiera llegado al mismo resultado “*también por aplicación de la doctrina de abuso de derecho y los criterios de la Ley de Consumidores y Usuarios*”) a una cláusula de sumisión expresa en un contrato de publicidad en las llamadas “Páginas Amarillas” concertado entre dos empresarios, concluyendo que “*la transcripción literal de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones, debiendo únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión [...] ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los adherentes interesados en la publicidad ofertada por la “Cia. Telefónica”, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo benéfico para la entidad ahora demandante*”. También sobre una cláusula de sumisión expresa y haciendo referencia a esta sentencia, la STS de 18 de septiembre de 1998 [RJ\1998\6398], vuelve a resolver un supuesto de un contrato de publicidad para inserción de anuncios en una guía telefónica entre dos empresarios, calificando como abusiva la cláusula por contravención de la Directiva 93/13/CEE. Tras hacer referencia también a la, en ese momento, reciente LCGC, utiliza el argumento del desequilibrio en la posición paritaria que los contratantes deben mantener en las obligaciones recíprocas que convienen<sup>700</sup>.

<sup>699</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

<sup>700</sup> Del mismo modo, en instancias inferiores se ha aplicado abundantemente normativa destinada a regir las relaciones con consumidores a contratos entre empresarios. Así lo hace la SAP de Segovia de 15 de marzo de 1999 [AC\1999\8053] respecto de un contrato en el que el adherente no tenía la cualidad de consumidor. Aunque la Audiencia falla a favor de la validez de una cláusula resolutoria, lo hace aplicando la normativa de consumo: en este caso, considera que no concurre en el supuesto los requisitos comprendidos en la disposición adicional primera de la Ley 7/1998 para que una cláusula sea calificada como “abusiva” ni supone

Mayor atención para el tema que nos ocupa nos merecen las dos siguientes resoluciones, SAP de Asturias, de 14 de mayo de 2001 [AC\2001\1676] y SAP de León de 29 de abril de 2004 [JUR\2004\186010], dado que ambas sentencias recurren a la Exposición de Motivos de la LCGC para argumentar su fallo.

La primera conoce de un contrato para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos de motor entre una estación de servicio y una compañía energética, contrato que contiene una cláusula de sumisión de las partes a un arbitraje privado y a un fuero territorial determinado. Tras descartar el órgano jurisdiccional que la parte adherente tuviera la categoría de consumidor (*“no es destinatario final del producto [...] ni tampoco es usuario de la tarjeta [...], por el contrario se trata de un intermediario en la cadena de distribución y*

---

ningún tipo de desequilibrio en perjuicio del demandado. Lo mismo ocurre en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de junio de 1999 [AC\1999\7501], que estima abusiva una cláusula limitativa de responsabilidad de la empresa transportista en los casos de pérdida o daños directos en la mercancía transportada con fundamento en la LGDCU y en la LCGC. Así, *“partiendo de que es condición general la que está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes (predisponente), será abusiva la que vaya en contra de las exigencias de la buena fe, en detrimento de la otra parte (adherente) suponiendo un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones generales”*, concluye el *“evidente carácter abusivo”* de la cláusula, aun estando inserta en un contrato entre empresarios.

En la SAP de Islas Baleares, de 16 de mayo de 2003 [AC\2003\1802], se recurre, junto con los artículos 1.258 y 1.256 del Código civil, al artículo 10 de la LGDCU así como al artículo 8.2 LCGC para determinar la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad del transportista a consecuencia de un incumplimiento en el horario. Por su parte, la SAP de Lugo de 20 de junio de 2005 [JUR\2005\180829] declara la nulidad de una cláusula en un contrato de renting entre dos profesionales puesto que *“nada impide que se declare la nulidad de una cláusula que aparezca abusiva, aunque ésta pertenezca a un contrato (dentro de las condiciones generales) existente entre dos profesionales, ya que, es lo cierto que no pueden existir en las condiciones generales del contrato una posición dominante o desequilibrante respecto de la otra y que puede considerarse contraria a la buena fe, causando un importante desequilibrio o una desigualdad evidente de los derechos y obligaciones de las partes, desequilibrio que se aprecia de la simple lectura del contrato objeto de examen y enjuiciamiento”*. Con independencia del acierto del resultado de la argumentación –se trata, entre otras, de una cláusula por la que el arrendatario debería de seguir abonando las rentas, aún en el caso de que la máquina no pueda ser usada, por falta de mantenimiento y asistencia técnica, que le incumbe al arrendador- lo cierto es que la Audiencia, aun sin citarla expresamente, recurre a la terminología y argumentación de *“cláusula abusiva”*, propias de los contratos con consumidores.

Distinto razonamiento sigue la SAP de Madrid en su sentencia de 30 de diciembre de 2011 [JUR\2012\35521], que conoce de un contrato de compraventa de un inmueble en el que está establecido un despacho profesional, contrato al que entiende aplicable la legislación propia de los consumidores, que no puede excluirse *“por el hecho de que la compraventa se refiera a un despacho, pues ello, por sí solo, no priva a los adquirentes del carácter de destinatarios finales del producto”*. Declara así la abusividad de la cláusula por la que se establece un periodo adicional de seis meses sobre la fecha de entrega prevista durante el cual el comprador carecería de facultad resolutoria por retraso en la entrega. La sentencia es anulada, eso sí, por el Tribunal Supremo (STS de 28 de mayo de 2014 [RJ\2014\3354]) por entender que no concurre la condición de consumidor. La misma fundamentación encontramos en la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2009 [AC\2009\1196] en la que aplica la legislación de consumidores –concretamente el artículo 8.2 LCGC- a un contrato de arrendamiento de servicio de prevención de impagados entre dos empresas. Se considera como abusiva una cláusula que permite al arrendador girar los recibos bancarios duplicados ante el impago del arrendatario, lo que implica, en virtud de tal precepto, que se declare nula la cláusula *“cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, como ocurre en el caso de autos puesto que la parte demandada era destinataria final”*. También la SAP de Córdoba de 1 de marzo de 1999 [AC\1999\4795] clasifica como consumidor al dueño de un establecimiento de hostelería en relación a la factura de electricidad del negocio. De igual manera que en el caso de la sentencia de la Audiencia de Madrid, en el recurso de casación el Tribunal Supremo cambia el criterio (STS de 15 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1223]). En estos casos existe una evidente errónea clasificación del empresario como consumidor.

*suministro del carburante o combustible, lo que le priva de forma notoria del concepto de consumidor o usuario y por lo mismo de los beneficios que la referida Ley General concede solamente a quienes reúnen tal concepto legal”*), se centra en el concepto de cláusula abusiva de la LCGC apuntando, que, por una parte parece un concepto restringido a los contratos con consumidores mientras que, por otra, la doctrina mayoritaria, con apoyo en algunos párrafos de la Exposición de Motivos, sostiene que la voluntad del legislador no es contraria a la posibilidad de aplicar o extender el concepto de cláusula abusiva igualmente a las condiciones generales de la contratación entre empresarios con ciertos requisitos.

*“En definitiva, que según la interpretación más adecuada para la defensa de la igualdad contractual entre las partes, parece mejor interpretación la que entiende que el legislador, si bien no quiso “estereotipar” un catálogo de cláusulas de “abuso de posición dominante” cuando se trata de contratos entre profesionales, a diferencia de los celebrados con los consumidores, sin embargo extiende igualmente a los referidos contratos el concepto de abusividad, entendido como “desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes” [...], si bien la interpretación de tal abuso no ha de hacerse conforme al repetido catálogo, sino al amparo de los preceptos generales que el Cc y el Ccom establecen en materia de obligaciones y contratos en general, tal y como dispone el art. 8.1 de la Ley, en concreto a los arts. 1.255, 1.258 y 1.275, en relación con el art. 6.3 del Cc y a sus concordantes del mismo Código y del Ccom.”*

Así, en coherencia con esta argumentación, declara nula la cláusula en cuestión porque representa *“un claro abuso de posición predominante por parte de Repsol y frente a un empresario que si no es técnicamente un consumidor, se aproxima mucho a tal concepto precisamente por su posición mucho más débil que la de la otra parte contratante. [...] Ello conlleva la nulidad absoluta de la cláusula”*.

De manera similar pero con motivo de un contrato de distribución y recogida de prensa, resuelve la Audiencia Provincial de León un recurso respecto a una cláusula que faculta al distribuidor a determinar unilateralmente la cuantía de las publicaciones entregadas y devueltas. Señala los mismos argumentos respecto al problema de si es posible aplicar el concepto de abusividad a los contratos entre profesionales – tratamiento diferenciado en el artículo 8 LCGC así como párrafos de la Exposición de Motivos de los que parece desprenderse que tal concepto queda restringido a los contratos con consumidores; párrafo 8º, que parece sostener lo contrario- y acaba decantándose, al igual que la sentencia anteriormente comentada, por entender que se extiende igualmente a estos contratos el concepto de abusividad entendido como *“desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes”*. Aplicando esto al supuesto de hecho, concluye que *“existe [...] un trato desigual entre las partes contratantes, con beneficio exclusivo a favor de las hoy recurrentes, y notorio perjuicio para el demandante [...]”. Resulta evidente que el sistema*

*empleado para contabilizar las devoluciones no sirve, ya que no se constatan errores puntuales, sino desfases importantes siempre a favor de las distribuidoras lo que supone el mencionado abuso de posición dominante*<sup>701</sup>.

El común denominador del primer conjunto de resoluciones que se han incluido a modo de ejemplo es que, bien por aplicación directa de la legislación para consumidores sin entrar en ulteriores argumentaciones, bien por una mala clasificación del empresario como “consumidor”, estas sentencias resuelven supuestos de hecho relacionados con contratos entre profesionales con categorías reservadas a los contratos con consumidores. Las últimas dos sentencias nos plantean menos problemas: el tribunal es consciente de que existen diferencias de control de contenido en función de la cualidad del adherente, aunque en última instancia no queda claro si el control que se aplica a los contratos mercantiles en cuestión deriva directamente de lo dispuesto por el legislador en la Exposición de Motivos y consiste tan solo en una mera extensión –con algunos matices– del concepto de cláusula abusiva del consumidor pero sin otros apoyos (vulneración de alguna norma imperativa, buena fe contenida en el artículo 1.258 Cc, etc.), argumentación con la que no coincidiríamos de forma plena. Posiblemente, el problema sea más bien el conjunto de conceptos que reúne el Preámbulo en su párrafo 8º de forma un tanto confusa, conceptos que, en todo caso, tendremos ocasión de analizar en el último capítulo.

Dejando, pues, a un lado estas últimas dos sentencias y centrando la comparación en aquellas en las que de una forma u otra se aplicaba directamente a contratos mercantiles normativa de consumo, encontramos resoluciones en las que los tribunales, a nuestro juicio con mucho más acierto, **niegan la aplicación a las relaciones comerciales de la normativa que tutela a los consumidores.**

La STS de 19 de febrero de 2010 [RJ\2010\1786], rechaza de plano la aplicación del TRLGDCU así como de la figura de las cláusulas abusivas recogida en el artículo 8 de la

---

<sup>701</sup> También la SAP de Madrid de 18 de abril de 2007 [JUR\2008\53417] recurre al párrafo 8º de la Exposición de Motivos de la LCGC y a esa doctrina mayoritaria para derivar la no posibilidad de interpretar el “*desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes en contratos*” entre empresarios conforme al catálogo dispuesto para consumidores pero sí al amparo de los preceptos generales que el Código civil y el Código de comercio establecen en materia de obligaciones y contratos en general (aunque la Audiencia concluye la inexistencia de este desequilibrio para negar la nulidad de una cláusula en un contrato de arrendamiento de vehículos). Del mismo modo, aunque sin aludir expresamente a la Exposición de Motivos de la norma, las SSAP de Madrid de 21 de julio de 2003 [JUR\2004\86397] (arrendamiento financiero) y de 10 de diciembre de 2002 [VLEX-18010778] (contrato de seguro), hacen referencia a cláusulas abusivas en la contratación entre empresarios cuando exista posición dominante, contrariedad a la buena fe e injustificado desequilibrio, sin poder recurrir ni al artículo 8.2 ni “*fundamentalmente a la lista de condiciones abusivas contenida en la Disposición Adicional primera de la Ley*” (sentencia de 2003).

LCGC respecto de un subcontrato de obra celebrado entre dos profesionales por no concurrir la condición de consumidores<sup>702</sup>, mismo argumento que recogen las SSTs de 9 de junio de 2009 [RJ\2009\3386] (sobre un contrato de datafono para una terminal de venta), de 20 de diciembre de 2007 [RJ\2008\472] (sobre un contrato de abanderamiento, imagen, asistencia técnica y comercial y suministro con estaciones de servicios) y de 15 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1223]. En este caso, el Tribunal Supremo rectifica el pronunciamiento de la sentencia de la ya citada Audiencia (SAP Córdoba de 1 de marzo de 1999 [AC\1999\4795]) en la que se consideraba consumidor a un empresario que adquiere electricidad para la explotación de su negocio de hostelería, aplicando al supuesto, por tanto, la LGDCU y la LCGC. El Tribunal Supremo, por el contrario, entiende que *“el empresario demandado, que adquirió la electricidad para consumo industrial, esto es, para incorporarla a la explotación de su negocio (como alegó la demandante, para el alumbrado, la calefacción, el acondicionador de aire frío del local, la conservación y transformación de alimentos y el enfriamiento de bebidas), con posibilidad de repercutir el precio del suministro sobre el aplicado a sus clientes, no tiene la condición de consumidor, a los efectos de la Ley 26/1984”*.

A la misma conclusión llega el Tribunal respecto a un contrato entre una superficie de hipermercado y una empresa de restauración, en relación con una cláusula de exclusividad, a la que no se le puede aplicar la normativa de consumidores *“puesto que las partes contrataron con un propósito propio a su actividad profesional”* (STS de 24 de junio 2002 [RJ\2002\8062]); respecto de una compraventa mercantil de diversos artículos de joyería con una cláusula de sumisión expresa a la competencia y jurisdicción de unos determinados Juzgados y Tribunales con renuncia de cualquier fuero propio que pudiera corresponderle al comerciante adherente que, entre profesionales, *“lejos de la intención de adquirir ventaja de la proveedora en perjuicio del comprador, lo que pretende es asegurar el cumplimiento normal de las obligaciones producidas por el negocio jurídico”* (STS de 31 de octubre de 2000 [RJ\2000\8490]); respecto de la compraventa mercantil de una máquina impresora, ya que fue adquirida para una actividad de publicación y no para un mero uso doméstico o

---

<sup>702</sup> Las cláusulas cuya nulidad se solicitaba estaban referidas al condicionamiento de todos los pagos a la aprobación de los importes de las certificaciones parte de la propiedad y la posibilidad que se reservaba el contratista para retener los pagos correspondientes al subcontratista si la propiedad no había pagado al contratista las cantidades correspondientes. Aunque tendremos ocasión de analizar la sentencia en el epígrafe correspondiente, la argumentación del Tribunal se centra en la contravención o no del artículo 1.256 del Código civil, concluyendo que no atenta contra la esencia de la obligación y, por tanto, no se trata de cláusulas nulas.

personal (STS de 16 de octubre de 2000 [RJ\2000\9906]) o respecto de un contrato de arrendamiento financiero (STS de 17 de marzo de 1998 [RJ\1998\1351]).

En estas resoluciones, el Tribunal Supremo descarta de forma directa aplicar por analogía la normativa de consumidores a relaciones entre empresarios regidas mediante condiciones generales, doctrina que también sigue la jurisprudencia menor<sup>703</sup>.

---

<sup>703</sup> Por ejemplo, en sentencias como la SAP de Salamanca de 8 de julio de 2013 [JUR\2013\267183], conociendo de un contrato de mantenimiento de ascensores en una residencia de ancianos; las SSAP de Barcelona de 27 de junio de 2013 [JUR\2013\341485] -en un contrato mercantil de arrendamiento de bienes muebles-, de 12 de diciembre de 2011 [JUR\2012\22028] -al hilo de un contrato de permuta financiera entre una entidad de crédito y una empresa cuya actividad consiste en la adquisición de la nuda propiedad de inmuebles de personas mayores y su reventa a inversores- y de 24 de noviembre de 2011 [JUR\2011\90038] -acerca de un contrato de renting sobre maquinaria industrial-; la SAP de Valencia de 27 de enero de 2010 [AC\2010\491] en un supuesto de contrato de seguro de mercancías transportadas, respecto a la elección de la ley aplicable, o la SAP de Zaragoza, de 12 de febrero de 2010 [AC\2010\1098] en materia de sumisión a arbitraje en cinco contratos de permuta financiera concluidos “entre profesionales que gozan de asesoramiento técnico y jurídico”. Tampoco le son de aplicación las reglas tendentes a la especial protección del consumidor a la compra de quince unidades independientes de telefonía, cantidad que induce a pensar que “en ausencia de toda prueba ni explicación en contrario, que el destino de los elementos adquiridos era industrial o comercial, antes bien que personal y privado” (SAP de Badajoz, de 22 julio de 2009 [AC\2009\1510]), ni a un contrato denominado “promocional de telefonía móvil para empresas” que identifica al cliente como un autónomo y en el que se inserta una cláusula de sumisión a arbitraje de equidad (AAP de Madrid, de 10 de diciembre de 2008 [AC\2009\123]). También acerca de un contrato promocional de terminales de telefonía móvil sin que la parte que pretende beneficiarse de la legislación protectora tenga la condición de consumidor, SAP de Valencia de 22 de diciembre de 2005 [JUR\2006\101217].

Se mantiene el rechazo a la aplicación analógica del control de contenido de la normativa de consumidores en la SAP de Valencia, de 4 de febrero de 2008 [AC\2008\832], respecto de la cláusula de pago anticipado trimestral sin contraprestación alguna en un contrato de arrendamiento de servicios cuya prestación es la prevención de impagados y habiendo aceptado el demandado que este cobro de morosos está circunscrito a la actividad que realiza la empresa demandada, lo que “nos obliga a coincidir con el recurrente y excluir al demandado de la condición de consumidor final, en la medida en que los servicios del actor, el cobro de las facturas, se incardinan dentro del proceso productivo de la empresa junto con los demás elementos de la organización empresarial, cuyo importe se integra en ésta para la continuación de su actividad empresarial, pues no se ha acreditado un destino distinto” (sin embargo, la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2009, respecto del mismo tipo de contrato, había calificado de consumidor a la parte que ostentaba esa posición porque “era la destinataria final”). El mismo tratamiento merece para la Audiencia Provincial de Madrid una cláusula de afianzamiento solidario en un contrato de franquicia por el que responde solidariamente el administrador único de la mercantil franquiciada, por ser una de las obligaciones del cargo de éste según el contrato de franquicia y, aunque así no fuera, por no tener la consideración de consumidor ni usuario (SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2007 [AC\2008\81]). También la SAP de Córdoba de 8 de febrero de 2007 [AC\2007\1002] entiende inaplicable el concepto de cláusula abusiva a una estipulación dentro de un contrato con la SGAE según la cual el adherente -profesional- confiere a la entidad de gestión determinadas facultades relativas a la comprobación de los datos fácticos sobre los que realizar la liquidación económica de los derechos devengados, concretamente, el número de entradas realmente vendido.

Del mismo modo, se niega la abusividad al amparo de la legislación protectora de consumidores y usuarios de una cláusula de sumisión a la Ley extranjera en un contrato de transporte marítimo de un semiremolque entre empresarios (SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2006 [JUR\2007\187330]), de una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de 1ª Instancia de Barcelona pactada entre las empresas litigantes e inserta en un contrato para la formación del personal de una de ellas (SAP de Barcelona de 30 de julio de 2001 [AC\2001\1744]) o de otra cláusula de sumisión expresa en un contrato de publicidad de actividad profesional, que no tiene cabida en la protección de la LGDCU (AAP de Madrid de 17 de noviembre de 2000 [JUR\2001\106000]). Recordamos que, por el contrario, las SSTS de 27 de abril de 1998 y de 18 de septiembre de 1998, declaraban de aplicación a una cláusula de sumisión expresa inserta en sendos contratos de publicidad la normativa de consumidores. También antes de ser posible el recurso a la LCGC, la SAP de Gradada de 16 de marzo de 1999 [AC\1999\736], excluye del ámbito de aplicación del artículo 10 de la LGDCU un contrato de construcción de un complejo hotelero sin que una cláusula de sumisión expresa pueda

Junto a estas resoluciones en las que de forma directa se excluye la figura de la analogía, encontramos otras en las que el órgano jurisdiccional se extiende más en sus argumentaciones. La SAP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003 [AC\2003\1507] afirma que, como único medio para determinar la nulidad de una cláusula dentro de un contrato de franquicia, se puede “*recurrir a los mecanismos de Derecho común*” en la medida en que sólo podría tener “*apoyo en el apartado primero del artículo 8 LCGC pero no en el apartado dos que delimita la nulidad de aquellas condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor*”.

Más interés presentan la SAP de Málaga, de 13 de julio de 2005 [JUR\2005\240068], SAP de Madrid de 21 de julio de 2003 [JUR\2004\86397], SAP de Pontevedra, de 14 de julio de 2000 [AC\2000\2044], SAP de Asturias de 12 de abril de 2000 [AC\2000\3408] y AAP de Madrid de 21 de julio de 2009 [JUR\2009\362226]. Estas resoluciones hacen referencia al ya mencionado párrafo 8º de la Exposición de Motivos de la LCGC, que tanta incertidumbre ha introducido en materia de control de contenido en contratos entre empresarios, para negar su aplicación a los mismos. Si bien para algunos autores, como tendremos ocasión de analizar, estas palabras del legislador implican la posibilidad de extensión del régimen de los consumidores a los contratos comerciales, para otro sector de la doctrina –creemos, de forma acertada- el significado de este párrafo tiene el efecto opuesto. Estas resoluciones siguen esta misma idea.

Como ejemplo, la SAP de Málaga de 13 de julio de 2005, en la que se conoce de un contrato de franquicia sin que tenga acogida la petición de nulidad de ciertas estipulaciones en base al artículo 8 LCGC “*al ser notorio que no nos hallamos frente a persona alguna que merezca tal calificación*”. Tal y como se recoge en la sentencia, el artículo 8 no “*sirve a los fines buscados por la parte, ya que la declaración genérica contenida en su párrafo primero enseguida es matizada en su epígrafe segundo al introducir expresamente la figura del consumidor*”, postura que “*viene confirmada por el Preámbulo de la norma al restringir el carácter abusivo de las cláusulas a las relaciones generadas entre empresario y usuario, más cuando las mismas afectan sólo a aquellos más que de condiciones abusivas cabría hablar de posición dominante pues –concluye- no de otra forma puede interpretarse el párrafo transcrito en el escrito de oposición al recurso*”.

---

verse afectada por la nulidad según este precepto. Por su parte, la SAP de Segovia de 20 de febrero de 1997 [AC\1997\373] estima improcedente declarar la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de arrendamiento financiero en la medida en que “*la sociedad adquirente de bienes de equipo no puede estimarse consumidora y usuaria a los fines y efectos perseguidos en la Ley 26/1984 en relación con los artículos 51 y 53 de la Constitución*”.

Así las cosas, la jurisprudencia, mayoritariamente, defiende la no posibilidad de aplicación analógica de la cláusula general dirigida a los consumidores a otras relaciones distintas. Aunque encontramos resoluciones en ambos sentidos, en los últimos años parece que el Tribunal Supremo ha mantenido una postura bastante estable en sus fallos en contra de esta extensión del control de contenido basado en la cláusula general del artículo 8.2 LCGC, hoy artículo 82 TRLGDCU. A sumar a las ya citadas, muestra de ello son las recientes SSTs de 28 de mayo de 2014 [RJ\2014\3354], que niega que la compra de un despacho profesional pueda entrar dentro del ámbito de la legislación especial en materia de consumidores y que pueda valorarse conforme a ella una cláusula de resolución; de 7 de abril de 2014 [RJ\2014\2184] y de 10 de marzo de 2014 [RJ\2014\1467], en las que se niega la posibilidad de moderación de una cláusula penal inserta, respectivamente, en un contrato de servicios para la gestión y asesoramiento en aspectos urbanísticos en la ejecución de una promoción inmobiliaria y en un contrato de mantenimiento de ascensores en una residencia de ancianos, por no ostentar la parte receptora de los servicios la condición de consumidor; y de 24 de septiembre de 2013 [RJ\2013\7431], respecto de un acuerdo de resolución de un contrato de prestación de servicios para las actividades de gestión precisas para la construcción de viviendas.

Sin embargo, como avanzamos, ha habido autores que han defendido la existencia de una laguna normativa y, por tanto, el recurso a la analogía para solucionar las deficiencias de la regulación y proteger a los empresarios frente a las condiciones generales, cuando así lo requieran. Así, aunque antes de la entrada en vigor del TRLGDCU, PAGADOR<sup>704</sup> recalca que el legislador había sido consciente del problema de la ausencia de control de contenido en el LCGC. Este hecho, unido a que los problemas derivados del desarrollo de este tipo de clausulados predispuestos afectan también a quienes actúan profesional o empresarialmente, le llevaba a concluir que *“nada obsta a que reciba aplicación, por vía analógica, la cláusula general de control de contenido también en el caso de las cláusulas contractuales prerredactadas utilizadas entre profesionales y empresarios”*.

---

<sup>704</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 223 – 224. También en defensa de la necesidad de recurrir a la aplicación analógica para cubrir la laguna normativa respecto de la contratación por medio de condiciones generales y empresarios adherentes, La conformación del derecho interno español..., op. cit., pp. 470 – 471. En el mismo sentido, ya en un momento posterior, DE CASTRO VÍTORES, G., “Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradores de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, p. 569; RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)...”, op. cit., pp. 407 – 410.



La Exposición de Motivos, para este sector, respaldaría la idea de una voluntad tendente a someter a las condiciones generales empleadas en el tráfico interempresarial a las normas en materia de control de contenido por medio de la analogía. RUIZ MUÑOZ así lo afirma, tras dudar de que se deba descartar la solución analógica “*en todo caso*” porque, aunque los textos prelegislativos pueden revelar un rechazo más o menos claro a su aplicación en las relaciones entre profesionales, la Exposición de Motivos muestra una decidida voluntad de atajar el problema del que es conciente el legislador, sin que se puedan los primeros “*eleva de categoría hasta el extremo de hacer decir al legislador algo no dice, ni en el articulado ni mucho menos en la EM, al menos con la claridad que algunos pretender*”.

Según este último autor, la afirmación recogida en el párrafo 8º de la Exposición de Motivos, en la que se reconoce la posibilidad de que exista abuso de una posición dominante<sup>705</sup> en las condiciones generales entre profesionales, se puede entender “*con cierta claridad*”, interpretando que lo que quiere decir el legislador es, sencillamente, que en las relaciones entre empresarios también pueden darse las cláusulas abusivas. Si a esto le unimos que en el párrafo 9º se afirma que “*sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley*”, tenemos determinado el alcance posible de la aplicación analógica: lo que no se quiere que se aplique a las relaciones entre empresarios es la lista de cláusulas abusivas pero no así la cláusula general<sup>706</sup>.

Además de las posibles interpretaciones de la Exposición de Motivos, la doctrina que respalda una aplicación analógica de la cláusula general de control de contenido alude a una serie de textos sectoriales en los que, de forma expresa, se protege al empresario parte débil en la relación. Así, por ejemplo, recordemos que la LMOC penaliza con la nulidad aquellas cláusulas entre empresarios que no cumplan ciertos requisitos en cuanto a fecha de pago o tipo de interés se refiere. En otro ámbito, el de los contratos de distribución, también hemos

<sup>705</sup> Expresión duramente criticada, ver PAGADOR LÓPEZ, J., “La conformación del derecho interno español...”, op. cit., p. 478; RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios...”, op. cit., p. 409.

<sup>706</sup> RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios...”, op. cit., p. 409. Al respecto del párrafo 8º de la Exposición de Motivos, también BADENAS hace alusión a la incertidumbre que introduce por las diversas interpretaciones a las que, según este autor, se podría someter. Así, afirma que “*hay un párrafo en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que, aunque interpretado en su sentido literal resulta coherente con las anteriores manifestaciones, sorprendentemente, si lo fuera de acuerdo con el criterio mantenido por el Consejo de Estado pudiera conducir a un resultado semejante al que se deduce de la aplicación del § 9 AGB Gesetz por los Tribunales de Justicia alemanes, pues en el mencionado párrafo se afirma lo siguiente...*”.

visto cómo la doctrina ha venido reclamando la necesidad de protección a la parte débil de un contrato que, normalmente, se articula mediante condiciones generales. Aunque al final en la actualidad el sector sigue huérfano de regulación, sí que han surgido en los años pasados diversos proyectos legislativos a través de los que el legislador pretendía articular el principio de libertad de empresa y la autonomía de la voluntad de las partes con la tutela de la parte débil del contrato a fin de corregir lo que se perciben como desequilibrios de poder entre fabricantes y distribuidores e impedir posibles comportamientos abusivos de dichos fabricantes<sup>707</sup>.

El hecho de que sea un problema que esté presente en la práctica lleva a estos autores a concluir que será el desarrollo judicial del Derecho el que suplirá esa laguna: “*O se cambia la Ley o los jueces tendrán que acudir a la analogía. Yo creo que hay un problema, hay una verdadera laguna, un problema para el que no hay solución jurídica*”, en palabras de PAGADOR<sup>708</sup>.

Pues bien, a fuer de ser sinceros, aun coincidiendo con estos autores en la existencia de un problema, de una necesidad de proteger al adherente empresario que también puede ser parte débil en la contratación con condiciones generales por el déficit de autonomía de la voluntad que implica, no estamos de acuerdo en que el mecanismo que se pueda utilizar para otorgar dicha tutela sea la analogía. La analogía requiere unos presupuestos y, aunque hemos visto que la identidad de razón entre ambos supuestos sí que se podría llegar a aceptar, no pasa lo mismo con la existencia de laguna jurídica. Todavía podía plantearse este mecanismo antes de la promulgación de la LCGC, pero nos parece que carece de sentido hablar de laguna jurídica cuando el legislador hizo patente en 1998 su deseo de un control de contenido diferenciado en función de la naturaleza del adherente: expresamente regulado, respecto de los consumidores; mediante una fórmula de cuestionable significado, en el ámbito mercantil. Se torna complicada, de este modo, cualquier aplicación de la cláusula general de la buena fe contenida en el artículo 8.2 de la citada norma o del listado de cláusulas abusivas fuera del ámbito para el que habían sido previstos. Deseo que, por otra parte, no ha hecho sino afianzarse con la publicación del TRLGDCU, norma con un

---

<sup>707</sup> Nos remitimos a la Primera parte. Capítulo III. IV. 4.

<sup>708</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., “La conformación del derecho interno español...”, op. cit., pp. 477 – 478. También para RUIZ MUÑOZ el legislador cuenta con que la laguna se salvará por el Derecho judicial mediante la cláusula general, RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios...”, op. cit., p. 410.

campo de aplicación muy claro y del que se excluye, en todo caso, los contratos entre profesionales.

Cierto es que el legislador reconoce en el párrafo 8º de la Exposición de Motivos la existencia del problema en el ámbito mercantil y parece que intenta dar una solución. Pero las afirmaciones que realiza en este sentido (*“esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante”; “nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”; “solo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas”*) no nos parecen de entidad suficiente como para concluir la aplicación del control de contenido protector del consumidor adherente fuera de este ámbito (al fin y al cabo, la Exposición de Motivos tiene la trascendencia que tiene<sup>709</sup>) ni, por otro lado, nos parecen tan neutras como para pensar que el legislador ha dejado un espacio sin regulación. Más bien, lo contrario: de dicho Preámbulo y de la letra del artículo 8.1 LCGC nos parece que se puede deducir que el legislador sí concibe la existencia de un control para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios<sup>710</sup> pero no a través de la cláusula de buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones contenida en el artículo 8.2 LCGC (hoy, artículo 82.1 TRLGDCU), sino otro, el que dispone en la Exposición de Motivos con la mezcla de diversos conceptos tales como *“abuso de posición de dominio”, “buena fe”, “desequilibrio importante de derechos y obligaciones”,* etc., partiendo siempre de la normativa

<sup>709</sup> Tal y como apunta DíEZ-PICAZO, L., “Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, *Anuario de Derecho Civil*, abril – junio 1992, pp. 501 – 533, los preámbulos carecen de valor normativo como tal pero sí que tienen otras funciones, como la interpretativa: *“una atribución de sentido a una norma legal hecha por el propio legislador, pero no a través de otra norma –sino, por ejemplo, en el preámbulo-, sin duda disfrutará de una cierta auctoritas, en cuanto permitirá conocer cuál era la intención real del legislador; mas, precisamente por no tener valor normativo, tal atribución de sentido no podrá neutralizar o derogar singularmente las normas generales que vinculan al operador jurídico”* (p. 519). Acerca del valor no normativo de las Exposiciones de Motivos, cfr. ROVIRA FLÓREZ, M. C., *Valor y función de las exposiciones de motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972, p. 29, negándoles valor vinculante; EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos”, *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 20, enero – abril, 1988, pp. 35 y ss., señalando que nadie parece partidario de considerar el preámbulo como un conjunto de normas con la misma fuerza o intensidad prescriptiva que las que figuran en el articulado; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 33, septiembre – diciembre, 1991, p. 48, que también alude a la diferencia de valor respecto del texto articulado.

<sup>710</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 431 – 433, atribuye al artículo 8.1 LCGC un sentido muy claro que es, precisamente, disipar cualquier duda acerca de la aplicación de la regla general de la buena fe fuera de la contratación con consumidores.

*“imperativa o prohibitiva”* y teniendo en cuenta *“las características específicas de la contratación entre empresas”*. Nos detendremos en estos conceptos y su viabilidad como elementos de un control de contenido en la última parte del trabajo.

Puestas así las cosas, nos inclinamos por concluir la no posibilidad de aplicar analógicamente la cláusula general de buena fe prevista para consumidores a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Tal y como adelantábamos, no nos plantea problemas el presupuesto de identidad de razón —es más, esa necesidad de tutela por la estructura de la contratación adhesiva, es el fundamento de nuestro trabajo—. Sí, por el contrario, la existencia de laguna jurídica. Dentro de la poca claridad con la que el legislador ha pretendido resolver la cuestión, nos parece poco cuestionable su voluntad contraria a la aplicación de la citada cláusula general fuera del ámbito expresamente previsto.

**CAPÍTULO III*****PROTECCIÓN MEDIANTE REGLAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. EL ARTÍCULO 1255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD***

El artículo 1255 Cc contiene la regla fundamental sobre autonomía de la voluntad en Derecho privado. Sin ánimo de reiterar lo ya ampliamente expuesto acerca de la importancia del principio *pacta sunt servanda* en el ámbito contractual y, en lo que a nosotros nos interesa, respecto del encaje de los negocios jurídicos mercantiles mediante condiciones generales, pasamos a centrarnos aquí en los límites. Y es que esa libertad de los contratantes para “*establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes*” y que reconoce el artículo 1255 Cc, encuentra su límite en el propio precepto: “*siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público*”<sup>711</sup>.

Efectivamente, los términos literales de la segunda parte del artículo 1255 son concluyentes y permiten despejar cualquier duda respecto al carácter no absoluto de la autonomía de la voluntad. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, entre los que señalamos a DE CASTRO, en su conocido trabajo de 1982, precisamente acerca de las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, o DÍEZ-PICAZO, para quien resulta indubitado que la libertad contractual “*no puede ser omnímoda*”<sup>712</sup>. No es la única norma portadora de la idea de la existencia de límites a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Un precepto íntimamente relacionado pero con ubicación en el Código de comercio es el artículo 53, cuyo texto reza de la siguiente manera: “*Las convenciones*

<sup>711</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 242, señala como complemento del artículo 1.255 del Código civil en cuanto a límite de la libertad contractual, el 1.271, el 1.275 así como el artículo 4, todos ellos del mismo texto legal.

<sup>712</sup> DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones...”, op. cit., pp. 989, 994; DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al artículo 1255”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 430 – 432; *Fundamentos...*, I, op. cit., p. 155. Doctrina acerca del artículo 1.255 del Código civil, sin ánimo de exhaustividad, REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pp. 235 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al artículo 1255”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, pp. 497 – 505; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1255”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1478 – 1479; O’CALLAGHAN, X., *Código civil, comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 1230 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo tercero, Derecho de obligaciones, edición revisada por GARCÍA CANTERO, G., Reus, Madrid, 2008, pp. 541 y ss.; NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Comentario al artículo 1255”, en PASQUAU LIAÑO (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, 2ª ed., tomo II, Comares, Granada, 2009, pp. 2255 – 2270.

*ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio*". Es interpretado, en palabras de BATLLE<sup>713</sup>, "*como la expresión de la máxima libertad en los contratos de comercio, con la única limitación de su ilicitud*". No resulta forzado, pues, el paralelismo entre esta disposición de Derecho mercantil y el artículo 1.255 Cc.

Erigiéndose la ley, la moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en sede contractual, careciendo como carecemos de una norma que instaure un control de contenido para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, y sin que sea posible el recurso a la aplicación analógica de la normativa de consumo, se comprenderá el interés que representa el análisis de estos tres conceptos para nosotros. En un intento de determinar mecanismos de protección existentes para el empresario adherente en el marco normativo actual nacional, el primer paso lo tiene que constituir, forzosamente, el estudio de los límites más intrínsecos a la libertad contractual y la autonomía privada. Dada la especial forma en la que se relaciona "contrato" y "autonomía de la voluntad" en los negocios jurídicos de adhesión, se podría afirmar que lo que nos interesa del principio *pacta sunt servanda* son, precisamente, sus límites pues, en realidad, el trabajo que nos ocupa no es sino un trabajo de límites.

Así las cosas, haremos un repaso a estos tres cotos genéricos de la autonomía de la voluntad y a su posible incidencia como control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. No es tarea fácil. La regulación en materia contractual se caracteriza por la multitud de normas dispositivas<sup>714</sup> de tal modo que las disposiciones que conforman lo que se considera ley –imperativa– no son muchas y, aunque representan un límite claro a posibles abusos del predisponente frente a cualquier adherente, no en todos los casos se ha aprovechado este rol o bien aportan solución para supuestos de hecho muy concretos, dejando sin respuesta espacios en los que son frecuentes las extralimitaciones de la parte mejor posicionada en la contratación. Por su parte, la moral y el orden público son dos conceptos jurídicos indeterminados, de difícil aprehensión y a los que, por ello, se

---

<sup>713</sup> BATLLE SALES, G., "Las convenciones ilícitas en los negocios mercantiles. Reflexiones en torno al artículo 53 del Código de comercio", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio – septiembre 1992, p. 457. En el mismo sentido, VILA FLORENSA, P., "Comentario al artículo 53", en SALA REIXACHS, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 492 y ss.

<sup>714</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., p. 244, quien señala la escasez de preceptos, tanto en el Código civil como en el de comercio que determinen de manera imperativa el contenido normativo de la relación contractual. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario...", op. cit., p. 1478.

puede recurrir en los casos de vulneración más flagrante, pero no representan un límite tan fiable o seguro como puede serlo una regla delimitada.

## I. LA LEY COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Centrándonos en el primero de los tres límites -que, en correspondencia con su importancia para el análisis del tema del trabajo, ocupa una parte significativa del mismo-, la doctrina ha entendido de forma unánime que la referencia del artículo 1.255 Cc a la “ley” se asimila con la ley imperativa, entendiendo por ésta, en palabras de REVERTE<sup>715</sup>, “*toda aquella que el acto no pueda alterar por contener un mandato o una prohibición legal que protege un interés general o público o se trate de derechos o de obligaciones que no puedan ser renunciables o aquellas en que se sanciona la nulidad del contrato*”.

Traemos a colación en este punto la clasificación normativa realizada en 1961 por DE CASTRO<sup>716</sup>, en la que diferenciaba entre las disposiciones referidas a la sustancia misma de los contratos y aquellas otras que contienen facultades no esenciales pero con una peculiar relevancia por dimanar de la naturaleza misma de cada tipo de contrato<sup>717</sup>. Dentro de las primeras, distingue las que se derivan de la esencia de todos los negocios jurídicos onerosos y conmutativos, de aquellas otras que quedan fuera de la disposición de las partes por constituir la esencia, en este caso, de cada uno de los diferentes contratos. Por otra parte, respecto de las obligaciones no esenciales pero sí íntimamente vinculadas con la naturaleza de cada tipo de negocio jurídico, considera el autor que en nuestro Derecho, si bien está permitida la modificación de los tipos contractuales, “*el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato [...] no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley*”.

<sup>715</sup> Por todos, REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 244. Así lo había sostenido también, con anterioridad, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 243, señalando con referencias a jurisprudencia del Tribunal Supremo que, además, debía entenderse la referencia hecha tanto a la ley formal como a la material.

<sup>716</sup> DE CASTRO, F., “Las condiciones generales...”, op. cit., pp. 334 – 335.

<sup>717</sup> El mismo autor, en un estudio anterior sobre la Ley Uniforme sobre la venta (DE CASTRO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, octubre – diciembre, 1958, pp. 1025 – 1026), hace abundantes referencias a aspectos que se consideran esenciales en el negocio de compraventa y que, por tanto, deberán ser inderogables y “*se exigirá que las cláusulas “extrañas” se sometan o adapten al esquema legal*”. También destaca artículos de la Ley Uniforme que, por su importancia y su naturaleza, “*parecen afirmar su condición imperativa dentro del ordenamiento. Unas veces por tratarse de reglas sobre la formación del contrato; otras por reflejar criterios de justicia o de equidad en consideración a los contratantes y hasta de los terceros, y de tal valor que repugna puedan ser derogados por la voluntad privada*”.

Pasando por alto la dificultad de determinar qué es Derecho imperativo y qué dispositivo<sup>718</sup> así como la posible función de este último como control de contenido, función que será analizada en el correspondiente apartado, nos centraremos en aquellas normas que se encuentran en el Código civil, Código de comercio y otras leyes y que, por tener naturaleza imperativa, no permiten el juego de la autonomía privada y obligan a declarar nulas las cláusulas que las contradicen. Obviamente, estas reglas se refieren a todo tipo de contratos y no sólo a los de adhesión pero, a falta de una norma que regule el control material de los concluidos entre empresarios, debemos recurrir a ellas. No olvidemos que el artículo 8.1 LCGC reputa como nulas las condiciones generales que contradigan lo dispuesto en dicha Ley o “*en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva*”, pareciendo, en principio, una redundancia respecto a lo prescrito en los artículos 6.3 y 1.255 Cc, que señalaban ya a las normas imperativas y prohibitivas como límites de la autonomía de la voluntad<sup>719</sup>.

Los preceptos que van a ocupar las siguientes líneas son muy diversos en cuanto a los aspectos a los que hacen referencia. El primero y, posiblemente, por la amplitud y generalidad de su supuesto de hecho, uno de los que más repercusiones podría tener en un papel de control de contenido, es el artículo 1.256 Cc, sede del principio de interdicción de la arbitrariedad. Para poder aproximarnos más a este precepto en su faceta de límite de la autonomía de la voluntad, será imprescindible desgranar los diferentes supuestos de hecho en los que se puede concretar esta idea de que lo dispuesto en el contrato no puede quedar a la voluntad de una de las partes. De este modo, tendremos ocasión de estudiar brevemente, entre otras, las facultades de modificación e interpretación unilateral del contrato, la limitación de los remedios frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso –aludiendo, al hilo de la indemnización por daños y perjuicios, a las cláusulas de exoneración o

---

<sup>718</sup> Ya DE CASTRO evidenció que las leyes nacionales no distinguen expresamente entre preceptos imperativos y dispositivos (DE CASTRO, F., “Las leyes nacionales...”, op. cit., p. 1017). Acerca de los escollos para diferenciar entre ambos tipos de normas, REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 243; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 1478. El primero advierte de que la distinción que hace la doctrina de ley imperativa y dispositiva no es tan clara y que los tribunales han de analizar “*la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentes razones que pateticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público*”. Como expone DÍEZ-PICAZO, en el Código civil no existe una regla favorable al carácter dispositivo de las normas ni a lo contrario (“Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 431; *Fundamentos...*, I, p. 155). Esta imprecisión –“*posiblemente, querida por el legislador*”, apunta ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 499-, hace necesario recurrir a la interpretación de la norma.

<sup>719</sup> Decimos “en principio” porque, como tuvimos ocasión de ver, algún autor le ha atribuido al artículo 8.1 LCGC un sentido muy claro y es, precisamente, disipar cualquier duda acerca de la no aplicación de la regla general de la buena fe fuera de la contratación con consumidores (MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 431 – 433).



limitación de responsabilidad-, y otra serie de supuestos que, en definitiva, pueden implicar que se esté vulnerando la interdicción de la arbitrariedad. No hay que ser muy observador para darse cuenta de que muchas de las cuestiones están recogidas en la legislación de consumo como supuestos de cláusulas abusivas: no en balde, el artículo 85 TRLGDCU tiene como título aglutinador de los ejemplos que contiene “*cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario*”, esto es, el supuesto de hecho del propio artículo 1.256 Cc. Nos han servido como una referencia clara para el análisis de cláusulas que pueden contenerse de forma habitual en contratos de adhesión entre profesionales y que pueden dar lugar también, por tanto, a una situación a tutelar por el ordenamiento jurídico.

Tras el artículo 1.256 Cc, serán objeto de estudio otras normas que se han considerado tradicionalmente de carácter imperativo, tales como el artículo 1.102 del mismo texto legal, que señala el dolo como límite en la atenuación de la responsabilidad, el artículo 1.485, segundo párrafo, respecto del saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe o la facultad de consignación contenida en el artículo 1.176. Se hará referencia a la regla de la interpretación *contra proferentem* del artículo 1.288 Cc, aunque con remisión al apartado donde se procede a su examen. La importancia de las cláusulas penales en los contratos mediante condiciones generales nos llevará a detenernos en el artículo 1.154 y examinar la posibilidad de moderar a través de él la cláusula penal. Por otra parte, fuera del Código civil y el Código de comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil es portadora de normas imperativas que nos interesan -tales como la regulación de la carga de la prueba (artículo 217) o las limitaciones respecto de las cláusulas de sumisión expresa (artículo 54)- del mismo modo que lo es la Ley de Usura y la Ley contra la Morosidad de las operaciones comerciales, normas con las que cerraremos el apartado referido a la Ley imperativa.

En todos estos casos, sin perjuicio de tener que recurrir puntualmente a resoluciones propias del Derecho de consumo, nos intentaremos servir de aquellas cuyo objeto sean contratos entre empresarios y que nos ayudarán a ilustrar, bien en general el estado de la cuestión, bien cómo la jurisprudencia en supuestos concretos, consciente de la necesidad de tutela en contratos cuyos adherentes tienen la cualidad de profesionales, ha procurado de hecho esa protección mediante normas imperativas, con mayor o menor acierto. Como tendremos ocasión de constatar, existen ciertos contratos habituales en el tráfico entre empresarios y que la mayor parte de las veces revisten la forma de contratos de adhesión, siendo éste un terreno abonado para la inclusión de cláusulas que pueden resultar

“abusivas” para el contratante débil y, por ello, de referencia obligada. De este modo, abundarán resoluciones conociendo de contratos de *leasing*, transporte, franquicia o distribución, entre otros.

### 1. El artículo 1.256 del Código civil y el principio de interdicción de arbitrariedad

Según dicta el artículo 1.256 Cc, ni la validez ni el cumplimiento de los contratos pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Este precepto recoge, por lo tanto, un principio básico del Derecho de obligaciones como es la sanción de la arbitrariedad en el contrato.

Como ha sido puesto de relieve por algunos autores, el artículo 1.256 Cc es un mecanismo que, en principio, podría servir para atacar cualquier tipo de actuación injusta en el marco del contrato<sup>720</sup>, pudiendo ser, así, un instrumento de control de la justicia material del mismo. A lo largo de este apartado y en el marco del trabajo que nos ocupa, la labor a llevar a cabo será determinar qué repercusión tiene la interdicción de la arbitrariedad en la jurisprudencia y si este precepto podría ocupar un lugar importante como instrumento a través del que canalizar la protección al empresario adherente en la contratación mediante condiciones generales.

Empezando por la trascendencia actual del artículo, a pesar de estar ante un principio básico, la doctrina coincide en que se trata de una norma de cita frecuente por la jurisprudencia pero, a la vez, innecesario, en la medida en que es utilizada más como refuerzo de otros preceptos más concretos que como *ratio decidendi*. Así, PASQUAU<sup>721</sup> habla de un “*escaso valor normativo*” mientras que QUIÑONERO<sup>722</sup> la tacha de “*extraña*”,

---

<sup>720</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 352. En el mismo sentido y concretado en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 193 – 194.

<sup>721</sup> PASQUAU, L., “Comentario al artículo 1256”, en PASQUAU, L. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada, Código civil*, 2ª ed., Tomo II, Comares, Granada, 2009, p. 2270, para quien sus confusos orígenes no podían augurar un desarrollo jurisprudencial ordenado y fecundo, siendo innecesario “*por tratarse de una mera invocación retórica de complemento o adorno, en la exposición de las reglas y principios básico de la contratación, mejor expuestos en otros preceptos*”. En la misma línea, BERCOVITZ, G., “Comentario al artículo 1256”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 1479,

<sup>722</sup> QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al artículo 1256”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º, Edersa, Madrid, p. 296, para quien, si un contrato es esencialmente el consentimiento de una o varias personas en obligarse respecto de otra u otras, es lógico que la validez y el cumplimiento del mismo no pueda quedar al arbitrio de sólo una.

por evidente. Poco se ha dedicado la doctrina al estudio de esta norma demasiado general y que ha sido considerada, en ocasiones, como superflua pues parece que la cuestión que trata de resolver el artículo 1.256 ya está tratada en otros preceptos<sup>723</sup>, a lo que se une la difícil delimitación respecto del artículo 1.115 Cc y su prohibición de las condiciones puramente potestativas.

A este carácter abstracto o, quizás, fruto del mismo, se une el hecho de que no puede ser considerada como una norma en sentido técnico<sup>724</sup>: no está claramente determinado cuál es el supuesto que hecho que contempla y no se precisa la consecuencia jurídica. Efectivamente, la generalidad del enunciado no facilita la aplicación del mismo porque no permite saber ciertamente cuándo una situación queda al “arbitrio” de una de las partes. Además, aún cuando se consiguiera dotar de contenido concreto a este concepto jurídico indeterminado, tampoco encontramos ninguna referencia a los efectos derivados de una actuación arbitraria.

Se ha señalado como su precedente el artículo 979 del Proyecto de 1951, de igual literalidad que el vigente en la actualidad. “*Los motivos de este artículo y sus ejemplos*”, apuntaba GARCÍA GOYENA<sup>725</sup>, “*están bien claros en las leyes Romanas citadas: quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles*”. El autor advierte como uno de los antecedentes, entre otros, el artículo 1.174 Cc francés<sup>726</sup>. La doctrina<sup>727</sup> ha puesto de manifiesto que el precepto galo es también el origen de nuestro artículo 1.115 Cc, precepto con el que, sin embargo, guarda mayor similitud que con el que se establece la interdicción de la arbitrariedad en los contratos y que no encuentra paralelo en el texto legal francés. El estudio de los precedentes, por tanto, no aporta mucha luz sobre el sentido del artículo.

Si hacemos referencia a la aplicación jurisprudencial de este precepto en general, y respecto a la contratación entre empresas mediante condiciones generales en particular, podemos apuntar que se trata de una norma ampliamente citada aunque con diverso interés, según las resoluciones. En muchas, se recurre al principio de prohibición de la arbitrariedad, no para declarar nulo un pacto sino para dotar al contenido del contrato de una interpretación más

<sup>723</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 297.

<sup>724</sup> Una norma jurídica enlaza al hecho circunscrito de modo general, el “supuesto de hecho”, una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general, LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho...*, op. cit., pp. 243 – 244.

<sup>725</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1832, pp. 10 -11.

<sup>726</sup> Artículo 1174: “*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*”.

<sup>727</sup> QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al artículo 1256...”, op. cit., pp.298 y ss.

acorde con la legalidad, en un papel más bien interpretativo y con apoyo en otros preceptos como pueden ser el principio *contra proferentem*, el principio *in dubio pro asegurado* o el artículo 1.258 Cc. En otros casos -los que más nos pueden interesar aunque, a veces, sean difíciles de deslindar respecto de los primeros<sup>728</sup>-, el artículo 1.256 se ha aplicado a la génesis del contrato, no tanto para delimitar positivamente el contenido del mismo en su ejecución como para hacerlo en un sentido negativo, representando la base sobre la que se determina la no validez de una cláusula que puede contener un abuso de una parte respecto de la otra.

La señalada generalidad del principio de interdicción de la arbitrariedad, muy positiva por un lado porque permite la subsunción de multitud de supuestos de hecho en la norma, puede, sin embargo, dificultar la aproximación al precepto y, por consiguiente, su aplicación. A fin de tener una idea más definida de conductas que podrían conculcar la interdicción de la arbitrariedad, nos serviremos en este punto del listado de cláusulas abusivas contenido en el TRLGDCU, algunos de cuyos artículos recogen lo que no son sino ejemplos concretos de cláusulas que suponen dejar ciertos aspectos del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en este caso, el profesional predisponente. El hecho de que el ámbito de aplicación subjetivo de este texto legal esté limitado a los contratos con consumidores no es obstáculo para tomarlo como guía porque todas las conductas recogidas en estos artículos tienen como denominador común estar inspiradas en el artículo 1256 Cc y, en mayor o menor medida y con ciertos correctores, podrían ser de interés también en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. En este sentido y respecto a la legislación anterior, señala MIQUEL<sup>729</sup> que la disposición adicional primera, bajo el epígrafe “*vinculación del contrato a la voluntad del profesional*” no es sino un desarrollo del artículo 1.256 Cc y que “*algunos de los números incluidos bajo este rótulo sí son de aplicación general a todos los contratos*”. Es más, DURANY PICH<sup>730</sup> incluso apunta que el hecho de que el artículo 8.2 de la LCGC hubiera reducido el ámbito de aplicación subjetivo de la ley “*resta fuerza al conjunto de cláusulas abusivas recogidas en el listado, pues limita su ámbito de aplicación únicamente a los contratos entre consumidores y en la*

---

<sup>728</sup> Pone de relieve CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 783 – 784, que “*es un rasgo de identidad histórica de la jurisprudencia española relativa a cláusulas abusivas la extrema dificultad del intérprete para discriminar si se está corrigiendo el contrato por vía de interpretación de una cláusula o si se está anulando esta misma cláusula, ya por ser abusiva, ya por la misma razón de ser oscura*”.

<sup>729</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario del artículo 8...”, op., cit., p. 459.

<sup>730</sup> DURANY PICH, S., “Comentario a la disposición adicional primera, I, 1ª”, en MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 978.

*práctica deja algunas de ellas sin posibilidad real de aplicación, al ser propias de la contratación entre profesionales”.*

Intentando seguir un tratamiento sistemático que suponga una mayor claridad expositiva, nos ocuparemos del estudio de una serie de supuestos que pueden vulnerar la interdicción de la arbitrariedad por dejar en manos del predisponente la fijación de ciertos aspectos, como pueden ser los más generales de la reserva de facultades de modificación o interpretación unilaterales del contrato (artículos 85.3 y 85.10), la propia determinación de la prestación (artículos 85.11 y 85.5) o la duración del negocio jurídico (artículos 85.2 y 85.4). Junto a ellos, también se hará mención a supuestos más concretos, tales como plazos relacionados con el cumplimiento y formalización del contrato (artículos 85.1 y 85.8) o el requerimiento de determinadas formalidades (artículo 86.9). El supuesto de cláusula que impone una indemnización desproporcionadamente alta (recogido en el apartado sexto del artículo 85), si bien se entiende que puede llegar a contravenir el artículo 1.256, será objeto de un estudio más profundo en su propio apartado, al hilo de la cláusula penal y el artículo 1.154 Cc. Todos estos supuestos –con sus matices– son calificados expresamente por el legislador como abusivos –y, por tanto, nulos– en contratación con consumidores. Establecer el paralelismo con los contratos de adhesión entre empresarios nos permitirá perfilar supuestos que podrían ser tachados de “abusivos” en este último ámbito por dejar algún aspecto del contrato al arbitrio de una de las partes.

## **1.1 Supuestos que pueden suponer una contravención de la prohibición de la arbitrariedad**

### **1.1.i. Facultades unilaterales de modificación del contrato (con referencia a la determinación y modificación del precio)**

El ya aludido en reiteradas ocasiones artículo 1.091 Cc es expresión del principio general “*pacta sunt servanda*”, en virtud del cual, como sabemos, la partes deben cumplir el contrato según lo en él pactado. Esto implica la inalterabilidad del contenido del negocio jurídico al que las partes deben atenerse sin que quepa modificación alguna, salvo que medie una voluntad común entre ambas en ese sentido o, en determinados y muy restringidos supuestos, que concurran una serie de acontecimientos que alteren de forma relevante las circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato y que fueron determinantes para el mismo. Consecuencia de ello es, por ejemplo, que el deudor no pueda pretender tener por cumplida su obligación entregando al acreedor una cosa

diferente o prestándole un servicio diverso a lo pactado (artículo 1.166 Cc) o que no pueda obligar al acreedor a recibir la prestación de un tercero si la calidad de la persona del deudor fue tenida en cuenta al establecer la obligación (artículo 1.161 Cc). Obviamente, también implica que las partes no pueden desligarse de forma unilateral del vínculo existente a raíz de la celebración del contrato<sup>731</sup>.

La única excepción que se ha planteado a la regla de la fidelidad al contrato y, valga la redundancia, con una aplicación de carácter muy excepcional, son aquellos supuestos mencionados en el párrafo anterior en los que se produce una alteración de las circunstancias tal, que afecta al cumplimiento de la obligación y justifican que se modifique el régimen de la relación obligatoria<sup>732</sup>.

Sin querer detenernos en la cuestión de la modificación sobrevenida de las circunstancias, sí que nos parece interesante dejar anotados los presupuestos que doctrina y jurisprudencia han señalado como necesarios para que pueda tener lugar esta revisión o resolución del contrato<sup>733</sup>, para traerlos a colación con posterioridad. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, debe producirse, en primer lugar, una desaparición sobrevenida de la base del negocio, esto es, una destrucción completa de la relación de equivalencia o proporción entre las prestaciones y que

---

<sup>731</sup> A salvo quedan aquellos supuestos expresamente autorizados por la Ley o que pudieran ser contemplados en un pacto convencional –cumpliendo una serie de requisitos-. Recordamos, por ejemplo, el caso de los contratos de duración indefinida, en los cuales se entiende ínsita la posibilidad de apartarse del mismo sin una causa justificada (al respecto, ver el apartado acerca de la ineficacia unilateral del contrato, Segunda Parte. Capítulo III. I. 1.1.v. b)).

<sup>732</sup> Diversas teorías han sido elaboradas para dar fundamento jurídico a la facultad de resolución o revisión del contrato. Basándonos en la clasificación DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Civitas, Navarra, 2008, pp. 1057 y ss.: la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la desaparición de la base del negocio, la de la excesiva onerosidad y la de la imprevisión. También examina LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 4ª ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 506 – 509, las diferentes doctrinas que encauzan estas ocasiones de alteración particularmente grave de circunstancias al igual que CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 762 – 769 o COSSÍO, M., *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada, 1994, pp. 17 y ss., pp. 54 y ss. Considerando que realmente es una misma regla aunque se le refiera con distintos nombres, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 1012 y ss. Entiende el autor que aunque “*hoy casi se considera démodé seguir hablando de la fórmula rebus*” ante la importación de otros ordenamientos de nomenclaturas distintas, no hay diferencias entre unas y otras y todas se remiten a los mismos o parecidos parámetros jurídicos indeterminados que necesitan de una concreción posterior por parte de un operador jurídico.

<sup>733</sup> Acerca de las consecuencias de esta alteración grave de las circunstancias cabe señalar dos soluciones posibles: bien la resolución del contrato, bien la revisión. Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., vol. II, op. cit., p. 1081, matizando la primera opción, aboga por la resolución como regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática –existe la posibilidad de que la parte perjudicada solicite la resolución o el cumplimiento del contrato- mientras que la revisión judicial tiene su ámbito de actuación en el caso de relaciones obligatorias simples o con obligaciones a cargo de una sola de las partes. Considerando la revisión como más adecuada para obtener resultados de una mayor equidad, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, op. cit., p. 762. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, II, vol. I, op. cit., p. 511, por su parte, señala un apoyo más importante en la jurisprudencia a los efectos modificativos que a los resolutorios.

la finalidad común del negocio resulte inalcanzable. Por otra parte, la alteración de las circunstancias debe ser extraordinaria y radicalmente imprevista e imprevisible, a lo que se suma que el perjuicio resultante de la alteración debe resultar injustificado de acuerdo con el sistema de responsabilidad determinado para la obligación<sup>734</sup>.

Prosiguiendo con esta idea del contrato como ley entre las partes, como conjunción de intereses comunes y particulares de los contratantes, la orientamos ahora hacia la cuestión que nos ocupa en este epígrafe: la inclusión de una cláusula que concediera a una de las partes la facultad de realizar modificaciones unilateralmente respecto de lo convenido en un momento inicial. Aunque se acepta la posibilidad de un pequeño desvío respecto de la identidad de la prestación – el llamado “*margen de tolerancia*” –, desvío que estará en función del sector, los usos y las circunstancias del contrato<sup>735</sup>, en esencia, se trata de cumplir con lo pactado en aras de satisfacer el interés de ambas partes. Se comprende fácilmente que permitir a uno de los contratantes la facultad de modificar sin trabas algún aspecto de la prestación unilateralmente podría dejar sin sentido el contrato, en cuanto acuerdo para la realización y consecución de los fines e intereses de las partes. Claramente revela una actuación contraria al artículo 1.256 Cc y su principio general de interdicción de la arbitrariedad.

Entre los aspectos susceptibles de ser afectados y cuya alteración podría llegar a suponer tanto como dejar en manos de una de las partes el contrato, se encuentran elementos directamente vinculados a la prestación en sí misma –por ejemplo, cantidad o calidad del bien objeto del contrato– pero también circunstanciales –el tiempo o el lugar de la prestación, entre otros–<sup>736</sup>. Así, en otros epígrafes tendremos la ocasión de examinar

<sup>734</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., vol. II, op. cit., pp. 1055 y ss.; en concreto para los requisitos, pp. 1069 – 1070. El autor también hace referencia al hecho de que la obligación sea de tracto sucesivo o bien de ejecución instantánea pero con cumplimiento diferido y que se encuentre pendiente de ejecución en todo o en parte. Al respecto, también vide LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., pp. 505 y ss.; en concreto, los requisitos, p. 511; COSSÍO, M., *Frustraciones...*, op. cit. pp. 75 – 78.

<sup>735</sup> Hacen alusión a este margen, entre otros, FERRER RIBA, J., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 2ª”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1005 – 1006; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 1156 a 1181”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1388 - 1389. Son de referencia obligada las variaciones respecto a lo pactado inicialmente el contrato de obra y su admitido *ius variandi* a favor del comitente, en virtud del cual se le reconoce la facultad de realizar ciertas modificaciones en la obra aunque no estuvieran acordadas (artículo 1.594 del Código civil). DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., pp. 383 – 384; RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario a los artículos 1588 a 1600”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1.854 – 1.855.

<sup>736</sup> Así, por ejemplo, la SAP de Alicante de 22 de febrero de 2006 ([AC\2006\381]) tiene por no válida (“no por nulidad sino por ineficacia”) una cláusula añadida a un primer contrato por introducir un supuesto de descuento de comisiones no previsto inicialmente en un contrato de comercialización y venta como minorista

supuestos en los que el predisponente pretende reservarse la facultad de decidir sobre el plazo para aceptar o rechazar la oferta o para el cumplimiento de la prestación. Por otra parte, la posibilidad de poder determinar si el bien o servicio se ajusta a lo convenido, además de estar vinculada con una merma de los derechos ante el incumplimiento, nos parece que puede esconder también una cláusula a través de la cual se pretenda modificar el bien a entregar o el servicio a prestar sin que ello tenga consecuencias puesto que la propia parte es la encargada de determinar esa conformidad con lo pactado. Nos remitimos a lo expuesto en cada uno de los respectivos epígrafes<sup>737</sup>. Por último, obviamente, el precio es otro de los elementos aptos para ser objeto de una cláusula que lo haga depender de la voluntad de una de las partes. No en vano, en el TRLGDCU el legislador ha incluido, aparte de la prohibición de modificación unilateral del predisponente, una referencia explícita a la posibilidad de declarar abusivas las cláusulas “*que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan*

---

del servicio telefónico móvil a empresas, en virtud del cual también se considerarán bajas definitivas a efectos de comisiones las “líneas inactivas”.

Se citan a continuación supuestos en los que no existe una cláusula como tal en el contrato que reserve a una de las partes la facultad de poder modificar los distintos aspectos aludidos sino que se trata de una alteración en la fase de cumplimiento del contrato. Con su alusión, se pretende, más bien, ejemplificar diversas hipótesis que han sido consideradas contrarias al artículo 1.256 del Código civil. Este principio ha sido el punto de apoyo para el reproche jurídico en todas las resoluciones abajo expuestas, aunque en estos ejemplos, como hemos dicho, nos movamos en un terreno no tanto de la ineficacia de cláusulas de un contrato que suponen dejar el mismo al arbitrio de uno de los contratantes, como del incumplimiento del mismo por introducir nuevas modificaciones a lo largo de la relación contractual. En este sentido, se produce una modificación unilateral de algún aspecto del contrato por el hecho de implantar unilateralmente un nuevo sistema de facturación en un contrato mercantil mixto de transporte y agencia, dejando de ponderar kilos de mercancía entregada para considerar cantidades mensuales en función de tipo de productos, kilómetros o forma de pago, todo ello con perjuicio de la otra parte contratante (SAP Pontevedra de 31 de marzo de 2005 [JUR\2006\22697], que entiende que se produce un incumplimiento indemnizable); por el establecimiento de un canon adicional de custodia de la LOPD para una de las partes de un contrato de depósito, almacenamiento y custodia de historiales clínicos de pacientes que, en el caso concreto, no se demuestra justificada por una alteración anormal y sobrevenida de las circunstancias (SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2011 [JUR\2012\24631], que califica de incumplimiento la mayor facturación como consecuencia del cambio y obliga a su devolución); por la alteración de la forma de pago establecida en un contrato de suministro mercantil, pasando del pago contra la entrega de la mercancía a los 15 días, a los 45 (SAP de Navarra de 28 de febrero de 2003 [JUR\2003\77024], que no considera incumplimiento la no entrega de mercancía bajo estas nuevas condiciones unilateralmente fijadas por el comprador); por la modificación de la política comercial en un contrato de distribución de recambios de automóvil, dejando de suministrar múltiples productos, lo que impide a la otra parte acceder a las comisiones por resultados correspondientes a ese tipo de material que se habían convenido en el contrato (SAP de Madrid de 5 de enero de 2005 [JUR\2005\38248], que entiende producido un incumplimiento del contrato); por la variación de las comisiones bancarias por devolución de efectos por la sola voluntad de la entidad financiera en un contrato de descuento, no estando las comisiones debidamente indicadas en los diferentes contratos de descuento sino solo por remisión y, precisamente, a unas que fija unilateralmente la entidad financiera en cuestión y participa a efectos de publicidad y transparencia al Banco de España en orden al cumplimiento de la labor de control e inspección que tiene encomendadas pero sin que esté supeditada a aprobación expresa del mismo (SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2002 [JUR\2003\19950], que falla a favor de devolver las comisiones indebidamente cobradas tras el cambio unilateral).

<sup>737</sup> Segunda parte. Capítulo III. I., 1.1.vi y 1.1.iii, respectivamente.



*razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado” (artículo 85.10).*

Una vez vistos los aspectos sobre los que puede llegar a incidir la alteración, ¿dentro de qué parámetros podría autorizarse la reserva de facultades de modificación unilateral a favor de uno de los contratantes? El artículo 85.3 TRLGDCU exceptúa de la prohibición que recoge en este sentido el hecho de que “*concurran motivos válidos especificados en el contrato*”<sup>738</sup>. Con carácter previo a examinar dentro de qué espacio podrían moverse esos motivos válidos **(b)**, nos parece conveniente dedicar unas breves líneas a plantear algunas de las peculiaridades que presenta el último elemento señalado, el precio, en lo que a nosotros nos interesa ahora, esto es, en cuanto a determinación y modificación y su compatibilidad con la interdicción de la arbitrariedad **(a)**.

#### **a) Fijación y modificación unilateral del precio**

De la lectura de los artículos 1.261 y 1.273 Cc se deriva la necesidad de que el precio –en cuanto a objeto del contrato- sea “*cierto*”, esto es, no adolezca de una indeterminación tal que haya de realizarse un nuevo convenio entre los contratantes<sup>739</sup>. La idea sobre la que se basa tal exigencia es que no puede haber obligación contractual si no se ha determinado en qué consiste tal obligación<sup>740</sup>. Por su parte, en la misma línea, el artículo 1.445 Cc incluye como elemento de la definición del contrato de compraventa el “*precio cierto*” para lo cual, será suficiente que esté referido a cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada (artículo 1.447). Estas disposiciones se completan con el contenido del artículo 1.449 del mismo texto que, de forma rotunda, niega la posibilidad de que el precio se deje al arbitrio de uno de los contratantes<sup>741</sup>.

<sup>738</sup> Ello sin perjuicio de las disposiciones *ad hoc* para los contratos referidos a servicios financieros que, por sus especiales características, permiten un mayor margen de actuación por parte del empresario predisponente (artículo 85.3, párrafos 2º y 3º).

<sup>739</sup> Se admite, así, la formación del precio *per relationem* y la utilización de cualesquiera criterios de determinabilidad que las partes hayan podido utilizar (SAP de Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920]).

<sup>740</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., vol. I, op. cit., p. 251.

<sup>741</sup> FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, Edijus, Navarra, 2001, pp. 45 – 46, extiende lo dispuesto para la compraventa u otros contratos, entendiendo incluidos la compraventa tanto mercantil como civil, contratos de suministro, derechos de adquisición preferente, compraventas especiales, permuta, compraventas sometidas a legislación especial, contratos de distribución, franquicia, agencia, entre otros. No obstante, como ha señalado la jurisprudencia, existen algunas diferencias entre el contrato de compraventa y el de suministro que pueden ser relevantes a estos efectos de determinación del precio, como el tracto sucesivo que caracteriza al segundo. Así, “*la regla del artículo 1.449 del Código civil no excluye que si se fija el precio a su arbitrio por una de las partes y ex post facto la otra lo acepta, el contrato resulte válido. Este aspecto es especialmente relevante en los contratos de tracto sucesivo*” (SAP de Madrid de 25 de enero

Una valoración conjunta de estos preceptos nos lleva a enlazar las limitaciones - necesidad de que el precio esté determinado y que, en todo caso, no sea una de las partes contratantes a quien le corresponda determinarlo-, con la interdicción de la arbitrariedad recogida en el artículo 1.256 Cc<sup>742</sup>. Es más, se ha dicho que el artículo 1.449 Cc “*constituye una aplicación particularizada de la prohibición del artículo 1.256 al contrato de compraventa, por lo que su formulación legal resulta innecesaria*”<sup>743</sup>. No parece haber problemas en que la concreción del precio pueda ser llevada a cabo por un tercero. Así, el artículo 1.447 Cc, como apuntábamos, acepta abiertamente el arbitrio de persona determinada para el señalamiento del precio.

La doctrina que se ha ocupado del estudio del arbitrio de un tercero parte de los artículos 1.447 y 1.690 Cc para afirmar la posibilidad de que se confíe a un sujeto ajeno a la relación jurídica la especificación de ciertas cuestiones<sup>744</sup>. Además de la determinación del precio en la

---

de 2007 [JUR\2007\157078]). Señalando que el contrato de suministro no puede identificarse en este sentido con el compraventa, aunque sí que es afín a la misma, SSTs de 23 de enero de 2009 [RJ\2009\1270], de 3 de abril de 2003 [RJ\2003\3002], de 13 de junio de 2002 [RJ\2002\4897], de 7 de febrero de 2002 [RJ\2002\2237]. Así mismo, SSAP de Madrid de 22 de marzo de 2004 [AC\2004\1534], de 17 de mayo de 2004 [AC\2004\246277].

<sup>742</sup> En la STS de 27 de marzo de 2009 [RJ\2009\2805] el Tribunal conoce de un contrato de transporte marítimo de muebles con vigor hasta el 31 de diciembre de 2000 pero prorrogable tácitamente. Ante la ausencia de notificación por alguna de las partes, el contrato sigue ejecutándose sin llegar a acordarse nada sobre los precios y disponiendo respecto de los otros su validez hasta finales de 2002. Considera el Tribunal ante esta imprevisión de ambas partes contratantes, que tan contrario al artículo 1.256 del Código civil es que la transitaria aumentara unilateralmente los precios como pretender que los mismos del año 2000 tuvieran validez dos años más “*pues entonces el cumplimiento del contrato habría quedado a su puro y exclusivo arbitrio en el sentido de mantener durante dos años más unos precios cuya vigencia solo alcanzaba hasta el 31 de diciembre de 2000*” (en este caso se une que la parte afectada con la subida de precios ya tuvo noticia antes de la finalización del contrato de una posible revisión de los mismos).

<sup>743</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario a los artículos 1445 a 1456”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1687. En el mismo sentido, sentencias de la AP de Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920] y de la AP de A Coruña de 14 de octubre de 2009 [JUR\2009\477739]. En esta última resolución se dice que el artículo 1.449 Cc “*concuere con 1256 Cc*”.

<sup>744</sup> Artículo 1.690: “*Si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad [...] La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada a uno de los socios*”. Como obra de referencia, vid. Díez-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, 355 p. Además, respecto de la determinación del precio, vide FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa...*, op. cit., pp. 357 – 366; HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al artículo 1273”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1989, pp. 494 y ss.; MALO VALENZUELA, M. A., “La determinación del precio en la compraventa; del Derecho español al Derecho uniforme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 81, núm. 692, noviembre – diciembre 2005, pp. 2007 – 2009; RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario a los artículos 1445 a 1456...”, op. cit., pp. 1685 a 1686. En contra de recurrir al artículo 1.690 para interpretar conjuntamente con él el artículo 1.447 del Código civil, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 267 – 268. Según el autor, el hecho de que en el caso del artículo 1.690 haya que proponer una “*solución salvadora del contrato*” porque se trata de un contrato de largo plazo en el que las prestaciones ya se han ejecutado en todo o en parte, mientras que en el caso de tracto único y faltando un elemento esencial como es el precio, es probable que no se haya empezado

compraventa, el artículo 1.690 representa otro ejemplo de la aceptación del arbitrio de un tercero, esta vez referido al contrato de sociedad y la designación de la parte de cada uno de los socios en las ganancias y pérdidas. Como afirmó DÍEZ-PICAZO en su trabajo de 1957, *“podemos afirmar que se trata [el artículo 1.690 y el 1.449] de instituciones paralelas. En ambos casos se permite la intervención de un tercero en la esfera contractual, con objeto de fijar, por acuerdo de las partes, un elemento del mismo; que en un caso sea el precio y en otro la parte en las pérdidas y en las ganancias, para nada cambia el significado del hecho. Nos hallamos, pues, ante supuestos en que se da valor relevante dentro de una relación contractual al “arbitrium” de un tercero”*<sup>745</sup>.

Como sabemos, la respuesta del legislador no es la misma cuando la cuestión se plantea respecto de una de las partes contratantes. La doctrina, sin embargo, ha coincidido en gran medida en señalar una tendencia a mitigar el rigor de la aplicación de este criterio por parte de la jurisprudencia. FAJARDO<sup>746</sup> resalta la escasa operatividad anuladora del artículo 1.449 Cc en cuanto a fundamento para declarar la nulidad de un contrato porque el precio quedó al arbitrio de uno de los contratantes: *“se interpreta de un modo muy flexible que apenas sirve de base para declarar la nulidad contractual y por ello un contrato que parezca contradecir los artículos 1.256 y 1.449 sigue siendo válido”*.

Sin perjuicio de que después se haga referencia a otras resoluciones, podemos anticipar un ejemplo de cómo la jurisprudencia intenta no concluir que el precio ha quedado al arbitrio de una de las partes dando por válido, en este caso, el precio de mercado como el de referencia. A pesar de que se admite que el precio no puede ser fijado unilateralmente por el vendedor después de adquirida la mercancía por el comprador pues sería una clara infracción de la norma del artículo 1.449 Cc, la AP de Ciudad Real, en su sentencia de 17 de enero de 2002 [JUR\2002\72272], en una compraventa mercantil de una bomba y de cable, no declara la nulidad del contrato sino que confirma la solución del Juez de instancia, quien había atendido al presupuesto dado para esos mismos productos por otro comerciante puesto que, *“si no consta conformidad del comprador con el precio, bien porque ha aceptado un presupuesto o admitido de algún forma los precios de venta fijados por el vendedor, la determinación de ese precio debe hacerse según los **precios de mercado**, salvo que el vendedor acredite que el*

---

a ejecutar y no hay, por tanto, ninguna “necesidad perentoria de salvar el contrato”, excluye la analogía entre ambas situaciones.

<sup>745</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero...* op. cit., p. 15. El autor, posteriormente, también al hilo de la determinación del objeto del contrato por arbitrio de un tercero, entiende que éste puede actuar de acuerdo con un *arbitrium boni viri*, atendiendo a criterios objetivos de equidad, o con arreglo a un *arbitrium merum*, según su leal saber y entender, siendo impugnabile en ambos casos su decisión –por faltar a la equidad o si concurre mala fe, respectivamente- (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., vol I., op. cit., pp. 253 – 254). Volveremos sobre la diferencia entre ambos tipos de arbitrio con posterioridad.

<sup>746</sup> FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa...*, op. cit., pp. 189 y ss., 367 y ss.

*precio que fija para la mercancía es el ordinario en su establecimiento, no alejándose significativamente de ese precio medio*”<sup>747</sup>.

En un caso menos evidente –pues existen ciertos componentes del precio que condicionan su fijación- la SAP de A Coruña de 14 de octubre de 2009 [JUR\2009\477739] se pronuncia acerca de la arbitrariedad en la fijación del precio en un contrato de suministro de caballa. Se acuerda que la fijación del precio no se haga en el momento del encargo ni en el de la entrega de la mercancía (periodos entre los cuales estaba congelada en cámaras frigoríficas del suministrador) sino en un momento posterior, dependiendo del precio que tuviese en origen y de otros conceptos que deben repercutirse –permanencia en el frigorífico, duración, gastos financieros, margen de ganancias-. Aunque el precio se fijase por la gerente de la empresa suministradora, existían unos componentes en el mismo que condicionaban su arbitrio y que tenían a su vez un precio de mercado (la caballa, el tiempo de congelación, los costes financieros). “*Dentro de relaciones comerciales presididas por la buena fe, no parece que el sistema seguido por las partes para la fijación pueda colisionar con dicho precepto*”, sostiene el órgano jurisdiccional, máxime cuando la empresa suministrada no tenía por qué recibir la mercancía sin conocimiento previo del precio: podía esperar a conocerlo con exactitud y luego aceptarlo o no y recibir la mercancía o no pero aceptó el sistema de recibirla y utilizarla, dejando el conocimiento del precio y su pago, para lo que figurase en la posterior factura de la suministradora.

Esta visión menos restrictiva se aproxima a la postura adoptada al respecto por los textos europeos e internacionales. Así, el artículo 5.7.2 de los Principios de UNIDROIT, el artículo 6:105 PECL y el artículo II.-9:105 DCFR, contemplan la posibilidad de que el precio se haya dejado en manos de una de las partes, con la limitación –de carácter imperativo, sin admitir pacto en contra- de que si el resultado de la determinación fuera manifiestamente irrazonable, debería sustituirse por otro “razonable”<sup>748</sup>. Se entiende que el estándar de comportamiento de la parte a la que se faculta para determinar el precio es el de *arbitrium boni viri* y no de *arbitrium merum*<sup>749</sup>, lo que se complementa con la garantía que supone la existencia de un control que permite dejar sin efecto un precio que no se adecue al que parece es el criterio de referencia, esto es, el precio “razonable”. Tanto en lo referente a la determinación del precio por una de las partes como, en general, en la regulación de los supuestos de falta de determinación del precio, los textos del Derecho

---

<sup>747</sup> La negrita es nuestra.

<sup>748</sup> La Convención de Viena, por su parte, no hace referencia expresa a esta posibilidad en su artículo 55.

<sup>749</sup> DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho...*, op. cit., pp. 280 - 281.

uniforme ofrecen soluciones más flexibles y abiertas que el Derecho vigente español que, como hemos visto y aún con una atenuación del rigor en la práctica, sigue manteniendo una visión más estricta de la determinación del precio y, en concreto, de la posibilidad de que éste quede al arbitrio de una de las partes<sup>750</sup>.

En cambio, sí que podemos ver la influencia de esta postura a favor de lo que se ha denominado “*open price contract*” en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Efectivamente, este texto se aparta de la visión clásica del precio como algo necesariamente determinado por ser un elemento esencial del contrato y prima como relevante el hecho de que las partes quieran vincularse a la relación contractual. Esta idea es la que preside el artículo 1.277 de la Propuesta, que resta importancia al hecho de que las partes puedan no haber fijado el precio ni el modo para determinarlo “*siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado*”<sup>751</sup>. Pero más relevante para la cuestión que nos ocupa es que el artículo contemple, en el segundo párrafo, la posibilidad de que la determinación del precio pueda haberse dejado a una de las partes:

*“Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios”.*

<sup>750</sup> Acerca de la (in)determinación del precio y los sistemas en los distintos textos legales, vide CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 55”, en DIEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 467 – 473; MALO VALENZUELA, M. A., “La determinación del precio...”, op. cit.; FERRANTE, A., “Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame of Reference?”, *InDret*, 1/2010, enero 2010; PACHECHO JIMÉNEZ, M. N., “La determinación del precio: fijación unilateral por una de las partes del contrato de compraventa”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 551 – 561. A colación del comentario del artículo 5.7 de los principios UNIDROIT, PULIDO BEGINES, J. L., “Contenido”, en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 278 – 280, critica tanto la introducción del precio razonable como criterio en ausencia de pacto respecto del precio –dado lo vago del término podría generar una elevada litigiosidad–, como el hecho de que se permita la fijación unilateral del precio por uno de los contratantes –se abre una vía al desequilibrio de las prestaciones porque solo se sustituirá el precio así fijado por uno razonable cuando sea manifiestamente irrazonable, sin que, a su vez, sea fácil precisar este concepto–.

<sup>751</sup> Es expresiva al respecto la Exposición de Motivos de la Propuesta (XII), en la que se especifica que “*desaparece la expresión actual del Código civil, “precio cierto”, teniendo en cuenta que en el tráfico no es indispensable la determinación inicial del mismo*”.

Varias apreciaciones al respecto. En primer lugar, y aunque es un apunte obvio, se admite abiertamente la fijación del precio por una de las partes. Los elementos de “control” que se configuran son dos. Al igual que en el caso del Derecho uniforme, uno de ellos es la revisión judicial. Pero, como contraste, la propuesta española sí que introduce una serie de criterios a los que tendrá que atenerse la parte que debe fijar el precio. No habla de un precio razonable como resultado sino que aquél debe ser fijado teniendo en cuenta criterios implícitos queridos por las partes o criterios que deriven del tipo de contrato o de los usos, lo que permite un cierto nivel de objetivación. Respecto de la primera pauta – “*criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido*” –, ésta se configura como uno de los límites que delimita la actuación de la parte que ha de fijar unilateralmente el precio. Por otro lado, se deriva del artículo 1.277 en su párrafo primero que, en el caso de ausencia de precio cierto, el precio que se entiende que las partes implícitamente han querido acordar aunque no se haya expresado en el contrato, es el “*precio generalmente practicado*”. No parece difícil, pues, establecer una relación entre ambos párrafos y acaso concluir que el precio que fije la parte unilateralmente no puede desviarse mucho de ese precio generalmente practicado, lo que podría estar próximo a una especie de “precio de mercado”.

Alusiones a este criterio encontrábamos en el artículo 57 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles, cuya regla para determinar el precio cuando no se hubiera fijado era la del “*precio generalmente establecido, al tiempo de la perfección del contrato, para tal prestación en circunstancias equiparables del tráfico correspondiente*”. Este criterio se mantiene en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil para los casos en los que no se hubiera fijado precio ni los medios de determinarlo (artículo 415-3.1)

Por su parte, tampoco es ajeno a este tipo de criterios el artículo 55 de la Convención de Viena que, ante la falta de determinación del precio, considera que las partes han hecho referencia implícitamente “*al precio generalmente cobrado en el momento de celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate*”. Desgrana CABANILLAS<sup>752</sup> lo que quiere decir el referido precepto negando que se refiera al precio que generalmente es cobrado por el vendedor (después tendremos ocasión de mencionar este criterio), sino que debe ser determinado por criterios objetivos, siendo el primero el factor tiempo, seguido de la clase de mercaderías, las condiciones de los contratos y el tráfico mercantil de que se trate y señalando como más

---

<sup>752</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 55...”, op. cit., pp. 472 – 473.

apropiado, en defecto de mercado común a las dos partes, el del país del vendedor. En similar sentido se pronuncian los Principios UNIDROIT (artículo 5.1.7), remitiendo al “precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial” (y, subsidiariamente, al precio razonable). Mientras que los PECL no introducen un criterio aproximado al precio de mercado (el artículo 6:104 sólo remite al precio razonable), el DCFR sigue la estela de los Principios UNIDROIT y alude como primer parámetro al precio normalmente cobrado en similares circunstancias en el momento de conclusión del contrato.

En cuanto a las otras dos menciones, el recurso a los “usos” y al “tipo de contrato” – elementos que no son algo ajeno a la cuestión que nos ocupa puesto que en la definición de lo que los PECL y el DCFR consideran como “razonable” se incluye una referencia a los usos y prácticas del comercio y a la naturaleza del contrato-, nos parece apropiado. En el primer caso, por la gran relevancia que presentan los usos en las relaciones entre empresarios<sup>753</sup>. Respecto al tipo de contrato, porque en algunos, por la naturaleza de la prestación, puede decirse que estaría relativamente justificada una indeterminación del precio *ab initio* así como la fijación del mismo por parte de uno de los contratantes.

Efectivamente, volviendo al Derecho vigente en la actualidad, no ha pasado desapercibido para doctrina y jurisprudencia que el criterio del precio cierto y en ningún caso al arbitrio de una de las partes no puede ser aplicado con igual intensidad en todo tipo de contratos. Partiendo de estas premisas, en los contratos de prestación de servicios es común la precisión del precio por una de las partes sin que se sepa en el momento inicial el coste que van a suponer tales servicios porque, por la propia naturaleza de los mismos, hay una cierta dificultad para ello. Ciertamente, cuando se contrae una obligación de hacer, la intangibilidad de la prestación conlleva la dificultad para calcular la retribución correspondiente, por cuanto que el prestador de servicios puede no tener conocimiento *a priori* de las diversas variables que van a influir en el precio<sup>754</sup>. Es por ello que, según han

<sup>753</sup> La importancia de los usos en la determinación del precio es refrendada también por la regulación de algunos contratos. Así, el artículo 11.1 de la Ley sobre contrato de agencia establece que, en defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los “usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad”. Es ya a falta de ellos cuando se atenderá a la retribución “razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación”.

<sup>754</sup> Sobre la indeterminación inevitable de la prestación y el precio en el contrato de servicios, VAQUERO PINTO, M. J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, pp. 58 y ss., 81 y ss. La autora resume la idea con la siguiente afirmación: “la intangibilidad del servicio repercute en la excepcionalidad con que se produce en la práctica la absoluta determinación inicial del precio” (p. 85). Por su parte, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 8 – 9, atañe a la falta de elementos de juicio del usuario para fijar el precio *ex ante* el hecho de que “la práctica funcione de manera muy automática, dejando que el prestador fije el precio y quedando al

apuntado algunos autores, aunque el modo usual de determinación del precio sea el arbitrio unilateral del prestador de los servicios, la jurisprudencia no ha estado muy por la labor de poner de relieve la infracción que, en principio, supondría respecto de los artículos 1.449 y 1.256 Cc, yendo su argumentación, por el contrario, hacia la elaboración de mecanismos que permitan flexibilizar las exigencias y salvar el requisito de precio cierto<sup>755</sup>.

La STS de 3 de febrero de 1998 [RJ\1998\614] aboga por una visión abierta al entender que *“aunque la existencia de un precio cierto sea elemento necesario para la validez del contrato de arrendamiento de servicios y, también, por ello, del contrato de arrendamientos profesionales prestados por abogado, esta exigencia se cumple no solo cuando el precio se pactó, expresamente, sino, también, cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios”*<sup>756</sup>.

La certeza en la determinación del precio *a posteriori* viene por su fijación en base a tarifas oficiales, dictamen pericial o informe del Colegio Profesional, lo que en la STS de 25 de

---

usuario la opción de reclamar o negarse a pagar si el precio se estima inequitativo”. Así lo refleja la sentencia de la AP de Barcelona de 17 de febrero de 2009 [AC\2009\723], al señalar como práctica habitual el hecho de que *“en los contratos de arrendamiento de los servicios profesionales de abogado no se realice presupuesto ni se concierte previamente un precio, en cuyo caso el referido profesional, al término del encargo, presente al cobro una minuta de honorarios. En tales supuestos no es admisible que el letrado fije unilateralmente un precio, sino que éste, si es discutido, ha de ser determinado en el proceso”*.

Algo similar se podría decir en los casos del contrato de obra cuando el bien no presenta un carácter estandarizado sino que se trata de un encargo muy específico. Los problemas de determinación del precio en los contratos de obra son puestos de manifiesto por PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “La protección del comitente como consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 65, año 2012, fascículo II, pp. 684 y ss. El autor señala éste como el aspecto que provoca más litigiosidad en el contrato de obra, dada la propia naturaleza del negocio jurídico, *“caracterizado por la obligación del contratista de realizar una prestación futura, cuyo coste será tanto más difícil de calcular a priori cuanto más complejo sea el resultado al que se compromete”*. Por esta razón, apunta, la jurisprudencia también ha seguido la misma línea flexibilizadora en cuanto al requisito del precio que hemos señalado respecto del contrato de servicios.

Por su parte, en 1994, como una muestra más de la ya aludida indeterminación del precio, connatural al contrato de servicios, el Proyecto de Ley por el que se modificaba la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obras señalaba como criterio para determinar la retribución, a falta de pacto, el que resultara de los “usos” y, si tampoco fuera posible, habría que estar al “valor común o de mercado” (artículo 1.585). Del mismo modo y en virtud del artículo 1.588, en el contrato de obra los “usos” son la regla para determinar la prestación que recibe el contratista a falta de pacto. CORDERO LOBATO, E., “Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra”, *Revista de Derecho Privado*, año núm. 79, octubre 1995, p. 879, señala cómo, según el texto del Proyecto, será suficiente que las partes hayan pactado que habrá una retribución aunque no hayan fijado la cuantía. El precio no se deja al arbitrio de uno de los contratantes sino que será la norma la que suplirá la falta de pacto recurriendo a un criterio objetivo basado en la presunción de que las partes han querido que el precio sea el resultante de los usos o el precio de mercado.

<sup>755</sup> Así lo afirman GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., “La determinación de los honorarios profesionales (en particular, el arbitrio de parte)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, enero – diciembre 1997, p. 71. En un interesante trabajo y al hilo del establecimiento de baremos de honorarios, los autores se plantean la función de los baremos y su incidencia en cuanto a la determinación del precio de los servicios por parte del prestador de los mismos. En el mismo sentido, VAQUERO PINTO, M. J., *El arrendamiento...*, op. cit., p. 85, justifica la flexibilidad con la que el Tribunal Supremo aborda esta cuestión en la incertidumbre consustancial a casi toda prestación de servicios.

<sup>756</sup> En el mismo sentido, SSAP de Orense de 8 de octubre de 2001 [AC\2001\2005], La Coruña de 7 de febrero de 2008 [JUR\2008\131166], Sevilla de 25 de marzo de 2011 [JUR\2011\216382].



octubre de 2002 [RJ\2002\9911], se considera como indiscutido por toda la doctrina y mantenido por reiterada jurisprudencia: *“en realidad, el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que, existiendo a priori, se reflejan a posteriori, de tarifas de perito o de Colegio Profesional; y no puede pensarse que el prestador de servicio fije el precio unilateralmente, sino que las partes, con mutuo consentimiento, han acordado no prefijar el precio –honorarios– lo que no siempre es posible, sino fijarlo a resultados del servicio prestado efectivamente, según tarifas, perito o Colegio, caso de no aceptarse un precio de consumo”*<sup>757</sup>. Aunque la mayoría de sentencias hagan referencia a ellos, hay que matizar la utilidad de los baremos de honorarios de los Colegios Profesionales en la actualidad, toda vez que desde la entrada en vigor de la llamada Ley *Ómnibus* han dejado de tener carácter orientativo por estar expresamente prohibidos, salvo excepciones<sup>758</sup>.

En apoyo a una mitigación de la idea del precio cierto como requisito imprescindible para eliminar el arbitrio del artículo 1.256 Cc en este tipo de relaciones jurídicas, nos parece muy expresiva la STS de 16 de febrero de 2007 [RJ\2007\688] al sostener que el artículo 1.544 Cc no exige que el precio esté fijado al tiempo de celebración del contrato sino que basta con que sea determinable, *“incluso por arbitrium boni viri [juicio de un hombre bueno]”*. La posibilidad de realizar una tasación pericial y el hecho de que exista una facultad de control y moderación por parte del tribunal en función de las circunstancias del caso, hace

<sup>757</sup> Con la misma argumentación respecto del artículo 1.544 del Código civil y conociendo de sendos contratos de obra, SSTS de 11 de septiembre de 1996 [RJ\1996\6560] y de 18 de noviembre de 2005 [RJ\2005\7641]. Señalando, eso sí, que aunque se admite la discutible indeterminación de las normas colegiales sobre honorarios, ha de existir, al menos, una referencia precisa y clara al Colegio y a las partidas para poder ser rebatida o aceptada, STS 16 de febrero de 2007 [RJ\2007\688].

<sup>758</sup> La Ley de Colegios Profesionales preveía como una de las funciones de los Colegios fijar baremos de honorarios mínimos hasta la reforma introducida por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, a raíz de la cual se eliminó esta posibilidad permitiéndose, tan solo, la fijación de unos baremos de honorarios orientativos. Dadas las repercusiones negativas que generaban las recomendaciones de precios para la competencia, en 2009 se modifica de nuevo la situación ya que, no solo se elimina esta función sino que expresamente se prohíbe a los Colegios que establezcan *“baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales”* (artículo 14 de la llamada Ley *Ómnibus*), con la sola excepción de la tasación de costas, jura de cuentas y justicia gratuita. Acerca de las reformas y la defensa de la competencia, COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios*, 2012, pp. 17 y ss., 32 y ss., 66 y ss. Los Colegios de Abogados fijan, así, una serie de criterios orientadores limitados exclusivamente a los supuestos permitidos. Así, se establecen una serie de cifras que se consideran como habituales en la Comunidad Autónoma llamando la atención acerca de una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para la fijación final del precio de los servicios u honorarios. Criterios entre los que destacan el trabajo efectivamente realizado por el profesional, la importancia o responsabilidad económica y personal del mismo o la dificultad del encargo realizado por el cliente. A estas pautas principales se pueden sumar otras de carácter accesorio como la especialización del Letrado o el resultado obtenido. Esta información se ha tomado de un informe realizado por el ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ISLAS BALEARES, *Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales a los exclusivos efectos de tasación de costas, jura de cuentas y justicia gratuita*, 2010, pp. 4 – 5. Aunque ya no tiene la misma vigencia por la fecha del trabajo (1997), queremos señalar la aportación de GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., “La determinación...”, op. cit., dedicado a la oportunidad de los baremos colegiales de honorarios como criterios legales de determinación del precio (en especial, pp. 103 – 105).

que el requisito del precio exista aunque no se fije de antemano. El mismo órgano, en su sentencia de 24 de junio de 2005 [RJ\2005\9685] también había aludido a esta determinación del precio por *arbitrium boni viri* así como a la posibilidad de una revisión objetiva de plantearse oposición<sup>759</sup>.

Los criterios a los que han recurrido los tribunales de cara a esta determinación jurisprudencial *a posteriori* son diversos. Dada la no posibilidad actual de invocar los baremos de honorarios de los Colegios Profesionales, nos parece oportuno hacer referencia a ellos. Por llevar a cabo una recopilación de los parámetros tenidos en cuenta en el caso de prestación de servicios jurídicos, nos parece interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004 [RJ\2004\1677]: dictamen del Colegio de Abogados, cuantía de los asuntos, trabajo realizado, grado de complejidad, dedicación requerida y resultados obtenidos (STS de 15 de marzo de 1994 [RJ\1994\1982]); naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada (STS de 24 de febrero de 1998 [RJ\1998\976]); tiempo de dedicación, número de asuntos, complejidad de las cuestiones y resultados favorables (STS de 16 de febrero de 2001 [RJ\2001\858]); costumbre o uso del lugar (STS de 3 de febrero de 1998 [RJ\1998\614]); ponderación mediante un criterio de prudencia y equidad (STS de 16 de septiembre de 1999 [RJ\1999\7846]).

Sin perjuicio de que la justificación del arbitrio de parte sea objeto de un tratamiento posterior en este mismo bloque, no ya solo referido al precio sino a la modificación de los distintos aspectos de la prestación y, en el general, respecto del artículo 1.256 Cc, podemos apuntar ciertos criterios acerca de los que la doctrina se ha planteado su valor como pautas que permitan la convivencia de la interdicción de la arbitrariedad y la determinación del precio por parte de uno de los contratantes, algunos de los cuales ya han aparecido a lo largo de la exposición. Para nosotros no presenta muchas dudas la determinación del precio por una de las partes pero con referencia a un elemento objetivo, como podría ser un **índice de referencia**, un módulo oficial o el precio de mercado. Recordamos que, en este sentido, el artículo 1.448 Cc tiene por “precio cierto” para la compraventa de cosas fungibles el

---

<sup>759</sup> Del mismo modo, las sentencias de la AP de Madrid 20 de octubre de 2010 [JUR\2011\36746] y de Málaga de 31 de marzo de 2014 [JUR\2014\176417], acerca de los honorarios en el asesoramiento de la compraventa de una farmacia y el negocio en ella desarrollado. En esta última resolución el Tribunal ratifica que el requisito del precio existe aunque no se fije de antemano ya que puede determinarse, incluso, por tasación pericial y, en el supuesto concreto, entiende como adecuada la minuta presentada por el despacho de abogados que asesoró en la compra de una farmacia dada la labor profesional desarrollada en la difícil negociación y la obtención de una compraventa muy favorable. También acerca del precio en un contrato de prestación de servicios por parte de un despacho de abogados —en este caso, asesorando a una empresa en los trámites para la adquisición del 100% del capital de otra— la SAP de Madrid de 25 de septiembre de 2009 [JUR\2014\5111].

precio corriente o de mercado, con tal de que se señale un día determinado<sup>760</sup>. Por su parte, aunque en contratación con consumidores, el artículo 85.10 TRLGDCU, en su segundo párrafo, establece la excepción a la abusividad de aquellas cláusulas que dejen en manos del empresario la fijación del precio de uno u otro, basándola en la existencia de referencia a “*un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio*”. En todos estos casos, el hecho de que se trate de un precio fijado de forma ajena a las partes y, a la vez, que pueda ser conocido por ellas al ser público, es lo que eliminaría la arbitrariedad de la decisión. No podemos perder de vista, por supuesto, algunas dificultades a las que ha aludido la doctrina, como el hecho de poder conocer en cada momento el precio en un mercado o la vigencia de un uso<sup>761</sup>. En este sentido, traemos a colación la sentencia de la AP de Barcelona de 24 de abril de 2008 [JUR\2008\170702], en cuya argumentación se pone en evidencia el problema de indeterminabilidad que generaba el no haber señalado qué mercado había que tomar como referencia para las variaciones del precio del café<sup>762</sup>.

<sup>760</sup> La sentencia de la AP de Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920] señala al respecto que “*el precio de mercado es un criterio aceptado expresamente por el Código civil en el artículo 1.448 y que debe ser interpretado no como mercado institucionalizado ni precios oficiales sino que es admisible el precio medio que resulte de una campaña en la zona (SSTS de 4 de julio de 2000 y 13 de julio de 1984), el precio al final de la campaña agrícola (STS 11 de octubre de 1967), el precio usual de mercado de las mercancías vendidas (STS 23 de noviembre de 1976) o cualquier otra fórmula que refleje de forma objetiva el valor del objeto*”. Resalta también la relación entre esta exigencia de que la determinación esté ligada a un criterio objetivo y la que se contiene en los textos de derecho internacional y europeo, como el Convenio de Viena, Principios UNIDROIT, PECL, DRAFT: “*Aunque tales normas partes de un modelo distinto de contrato (open contract) y, sobre todo, están previstas para ordenamientos en los que existen criterios de determinación residual del precio, sin embargo nuestro ordenamiento comparte la orientación en cuanto a tener en cuenta siempre un criterio objetivo*”. La sentencia de la AP de Madrid de 26 de noviembre de 2010 [AC\2011\11], por su parte, concluye que “*se adecua de manera exquisita a la previsión contenida en el artículo 1.448 del Código civil*” la fórmula pactada para la fijación del precio de facturación en un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento, y consistente en multiplicar por un factor de corrección fijo la cantidad que resultare de aplicar una serie de criterios determinados legalmente, ajenos al control del proveedor en la medida en que dependen de las cotizaciones FOB de los productos en determinados mercados europeos. En igual sentido, la misma Audiencia en su sentencia de 25 de enero de 2007 [JUR\2007\157078], acepta como ajustado a Derecho el precio para la facturación en un contrato de abanderamiento, compra en exclusiva y asistencia técnica y comercial, la remisión al B.O.E. más un factor de corrección.

<sup>761</sup> GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., “La determinación...”, op. cit., pp. 99 y ss. Los autores, para quienes la cuestión no es tanto la persona a quien se confía la labor de determinar la prestación –tercero o una de las partes– como los criterios a los que se remite, hacen referencia, como uno de ellos, al precio “*usual, de mercado o razonable*”. También señala la necesidad de identificar concretamente el mercado de referencia en el supuesto de tomar como referencia el precio de mercado, FERRANTE, A., “Precio de compra indeterminable...”, op. cit., p. 12: “*Obsérvese que si esta falta de indicación de un concreto mercado de referencia crea problemas en un ámbito nacional (el precio de mercado del fresón será diferente según se tome como referencia el mercado de Oviedo o Huelva), a mayor razón ese problema se daría en un contexto en que la compraventa sea internacional dado que los precios de mercado de dos naciones pueden diferenciarse considerablemente*”.

<sup>762</sup> En un contrato de suministro de café, el precio inicial estaba determinado pero debía acomodarse en cada entrega –semanal– a las variaciones que, en más o menos, pudiera sufrir el café en grano en los mercados internacionales y repercutiesen en el escandallo del suministrador. “*Como quiera que ni se concretó a qué mercados*”, argumenta el Tribunal, “*o aun cuando fueron señalados por el recurrente de Nueva York o de Londres, no se indicaron factores objetivos para la determinación de la repercusión en el escandallo, y el*

Otro ejemplo de fórmula que se pacta en el tráfico mercantil es el **precio “a resultas de la comercialización”**, esto es, el precio de mercado del bien deducidos los gastos y la comisión, con la finalidad de que si el comprador es un exportador no tenga que pagar por la mercancía lo mismo que él recibe (el precio obtenido en el mercado) porque no es razonable entender que no haya un beneficio. Eso sí, tal y como se advierte en la sentencia de la AP de Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920], al hilo de una compraventa mercantil de limones, para que la modalidad de determinación de precio en cuestión sea admisible y no conculque el artículo 1.449 Cc, *“a resultas del mercado nunca puede ser a resultas de cómo el comprador quiera cobrar la mercancía a un tercero y mucho menos a cómo declare que la ha cobrado”*.

A su vez, un tipo de contrato en el que se han planteado abundantes problemas con la validez del criterio al que se deja referido el precio es en el de abanderamiento con suministro de combustible. El Tribunal Supremo considera en un primer momento que una cláusula que remite al concepto de **la buena fe para la fijación del precio** adolece de la indeterminación prohibida por el artículo 1.273 Cc. Dicha cláusula se inserta en un contrato de abanderamiento y suministro de combustible y es del siguiente tenor: *“Llegado ese momento, Petromed aplicará las condiciones logísticas de suministro, forma de pago y las tarifas oficiales de precios, comunes a todas las estaciones de servicio de la red de Petromed, que periódicamente publicará por cada área geográfica. Dichas tarifas oficiales de precios no serán superiores a la media aritmética de las tarifas oficiales de precios que apliquen de buena fe a estaciones de servicio el resto de compañías operadoras en la misma zona geográfica y comercial. A estos efectos y mientras que las partes no pacten otra cosa, se entiende que los límites de la zona geográfica y comercial vienen marcados por un radio de 25 kilómetros de distancia desde el punto donde está ubicada la estación”*. La argumentación del órgano judicial se apoya sobre la indeterminación que supone la expresión *“aplicación de buena fe”*, dada la dificultad que existe en apreciar cuándo actúan así el resto de las compañías aseguradoras y sin que haya ningún criterio predeterminado

---

*propio representante de la actora, indicó que en este influían precios de compra, costes internos, servicios prestados en cada establecimiento y margen que se quisiera obtener de beneficio, es claro que con tales factores, alguno de ellos netamente subjetivo del actor, se producía la unilateralidad en la fijación del precio, prohibido en la compraventa por el artículo 1.449 del Código civil”*. Así, se precisaba en cada suministro la celebración de un nuevo pacto. Si bien en las entregas precedentes el contrato está confirmado, no puede decirse lo mismo de las posteriores *“ya que no debe olvidarse que el propio contrato establecía la modificación del precio en cada entrega, lo que nos lleva a la confirmación de la sentencia, en cuanto concluyó que no podía obligarse al demandado a cumplir con la compra de todos los kgs de café, al no estar determinado ni acordado en forma el precio, por lo que era en tal sentido ineficaz el contrato”*.

sino que dependerá de la apreciación de cada parte en función de las circunstancias del mercado: *“la estimación de si ha existido buena fe en el resto de compañías suministradoras no puede medirse con criterios exactos o automáticos, ni dejarse al arbitrio de BP Oil por prohibirlo el artículo 1.449. En realidad, tal cláusula es una puerta abierta al pleito”*<sup>763</sup>.

Sin embargo, la postura del Tribunal Supremo sufre posteriormente un giro y esta referencia a los precios de otros operadores se ha considerado como lícita. En su sentencia de 20 de diciembre de 2007 [RJ\2008\472] así se observa. La cláusula del contrato de abanderamiento por la que se fijaba el precio en función de criterios de mercado y de la media de los productos ofrecidos por otros suministradores en un área geográfica y comercial concreta, no es contraria a Derecho. La transcripción de la cláusula es la siguiente: *“CEPSA garantiza que el precio de venta a la Estación de servicio de los lubricantes y productos de ayuda a la automoción, atenderá a criterios de mercado y no será superior a la media de los precios ofrecidos por otros suministradores, con significación en el mercado y buena fe, de los mismo productos y en la misma área geográfica y comercial. A igual ponderación se llegará en lo que respecta a plazos y forma de entrega, forma de pago y demás condiciones suministro”*. Argumenta el tribunal que la citada cláusula no establece una forma de determinar el precio de venta de los carburantes sino que constituye un compromiso de precios competitivos. No existe una indeterminación del precio sino que éste se ha ido determinando por acuerdos de las partes, de lo que es prueba la larga vigencia del contrato<sup>764</sup>.

---

<sup>763</sup> STS de 17 de octubre de 2005 [RJ\2005\7226]. El Tribunal, en este caso, no declara la nulidad del contrato por indeterminación de precio sino tan solo la de la cláusula concreta.

<sup>764</sup> Aplican esta doctrina la STS de 13 de julio de 2009 [RJ\500\2009], respecto de un contrato de comisión; SSTs de 18 de febrero de 2011 [RJ\2011\2360], de 31 de marzo de 2011 [RJ\2011\3136] y de 7 de junio de 2011 [RJ\2011\4398], respecto de contratos de abanderamiento con suministro en exclusiva de combustibles y carburantes.

Con anterioridad, la sentencia de la AP de Valencia de 7 de abril de 2001 [AC\2001\1290] había considerado como válida la cláusula de un contrato de abastecimiento de carburantes y combustibles según la cual el concesionario asegura que los precios recomendados serán competitivos con los ofrecidos de buena fe por otros suministradores de relieve en el mercado, dentro de la misma área geográfica o comercial, siendo similares los criterios con arreglo a los cuales se revisarán los márgenes. Aunque reconoce que el sistema de precios es complejo y se basa en parámetros indeterminados, circunstancias especiales hacen que no se hayan vulnerado las normas del Código civil, entre otras. Por una parte, por la duración del contrato -19 años- y la gran variación de los precios de los productos –carburantes y derivados–, que impiden que al tiempo de la suscripción las partes pueda conocer el precio del producto. No se puede aplicar, sin más, los preceptos del Código civil sobre el precio en las compraventas. Por otra, porque aunque solo uno de los parámetros respecto del precio de suministro queda plenamente determinado –el margen comercial mínimo–, los otros dos son fácilmente determinables por las partes *“pues el demandante puede conocer los precios de venta de las estaciones de servicio más próximas, que son con las que compite, al mismo tiempo que le permitan mantener unos precios competitivos con los restantes del sector”*. Del mismo modo y haciendo alusión a la doctrina señalada del Tribunal Supremo, SAP Madrid de 3 de diciembre de 2008 [JUR\2009\72143].

También se ha admitido por algunos autores la viabilidad de que se fijen por las partes *ab initio* unos **valores máximo y mínimo** dentro de los cuales el precio tenga que ser determinado con posterioridad por una de las partes. Al respecto, CARRASCO<sup>765</sup> argumenta que en realidad ambas partes, al acordar ese rango, está consintiendo contratar sea cual sea el precio al final. En consecuencia, afirma el autor, no existirá indeterminación si se ha precisado el contorno de la prestación posible aunque sea una parte la que ulteriormente tenga que precisar el precio que esté incluido en dicho contorno<sup>766</sup>.

Otros criterios cuya virtualidad como referencia objetiva se ha planteado son, como sabemos, los **baremos de honorarios profesionales** –con un valor que ha ido decayendo al compás de sucesivas reformas legislativas<sup>767</sup>- y la **venta con precios del vendedor**. El funcionamiento de estos últimos, frecuentes en la contratación mercantil, se basa en la aplicación del precio normalmente utilizado por la parte vendedora. No es un criterio que el legislador haya aceptado en nuestro ordenamiento jurídico<sup>768</sup> a pesar de que hay voces a su favor por considerar que la habitualidad de los precios elimina la arbitrariedad y permite que la otra parte contrate en función de unas expectativas generadas: “*la formación de los*

---

<sup>765</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op cit., pp. 237 – 238. De la misma idea se muestra PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 329.

<sup>766</sup> Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de diciembre de 2000 [RJ\2000\10135], aunque al hilo de un contrato totalmente diferente a los que nos ocupan - contrato de compraventa de vivienda-, se pronuncia en sentido diverso acerca de una cláusula en virtud de la cual la parte vendedora debe determinar el precio dentro de un abanico de máximo y mínimo que se pacta de mutuo acuerdo. El órgano jurisdiccional concluye que “*en el presente caso, si bien no puede hablarse de una indeterminación total en cuanto se fijaron unos límites cuantitativos entre los que había de comprenderse el precio final y cierto, no se establecieron los criterios que, dentro de esos límites, llevarían a la exacta determinación del precio*”.

<sup>767</sup> Al respecto, ver nota pie de página 758. Reflejando su importancia y el recurso tan extendido a ellos, aunque ahora no sean de aplicación, por ejemplo, la sentencia de la AP de Álava de 7 de febrero de 2011 [JUR\2011\295952]. Entiende el órgano jurisdiccional que no queda probada la existencia de un precio concreto en una relación de servicios de asistencia jurídica, y tras hacer referencia a los artículos 1.544, 1.256 y 1.449 del Código civil, recurre a los valores predeterminados en las normas orientativas de los Colegios, que “*resultan de enorme utilidad y garantía para la determinación final objetiva del precio*”.

<sup>768</sup> Contrasta esta solución con la adoptada por los ordenamientos portugués e italiano, en los que sí se señala esta posibilidad expresamente. En el primer caso, el artículo 883.1 del Código civil luso remite al precio que el vendedor normalmente dispone a la fecha de la conclusión del contrato en el caso de que el mismo no estuviera fijado por una entidad pública ni por las partes y éstas tampoco hubieran determinado el modo de hacerlo. Por su parte, el Código civil italiano dedica el artículo 1.474 a los supuestos de falta de determinación expresa del precio. En las mismas circunstancias que la norma portuguesa –falta de determinación del precio ni de su forma de fijarlo- presume que las partes habían querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor, si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente.

La SAP de Asturias de 13 de junio de 2012 [JUR\2012\239657] señala también el contraste entre nuestra normativa y nuestra doctrina jurisprudencial y el Derecho anglosajón como ejemplo de ordenamiento jurídico en el que se acepta, así como con la Convención de Viena, cuyo artículo 55 lo prevé, circunstancia que es fundamental para el supuesto de hecho que conoce pues se trata de una compraventa mercantil entre una entidad de nacionalidad italiana y una sociedad española.

*precios no es pública pero su fijación es objetiva y no arbitraria; la habitualidad del precio se remite al propio vendedor y es la fuente de su objetividad*<sup>769</sup>.

La ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de diciembre de 2008 nos da la pista con la postura de la jurisprudencia al respecto al afirmar que “*en todo caso, la jurisprudencia no parece rechazar la denominada venta con precio del vendedor cuando exista un acuerdo contractual que tenga por finalidad señalar el precio, precisamente, conforme al criterio del vendedor, en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1982, citada por la de 30 de enero de 2007*”. En esta resolución de 1982 el Tribunal valora diversas cuestiones en torno a un contrato de suministro de botas de extracción, cuestiones entre las que se encuentra la relativa a la venta con precio del vendedor “*hoy regulada en los Códigos italiano de 1942 (artículo 1.474, párr. 1º) y portugués de 1966 (artículo 833) y que requiere para su validez en primer lugar una norma legal que ordene su aplicación, norma inexistente en el ordenamiento jurídico patrio, o en todo caso un acuerdo contractual que tuviera por finalidad señalar el precio conforme al criterio del vendedor*”. Aunque en el supuesto de hecho no se aprecia la concurrencia de este último acuerdo, parece que, *a sensu contrario*, si existiese, sería apoyo suficiente para aceptar la venta con precio del vendedor en nuestro ordenamiento jurídico. De igual manera se expresa el Tribunal en su sentencia de 2007 [RJ\2007\1785].

Antes de cerrar el epígrafe dedicado al precio, nos detendremos en una última cuestión. En los supuestos previos, se trataba de encontrar un elemento objetivo que pudiera desempeñar una función de referente que eliminara el potencial riesgo derivado de un precio indeterminado *ab initio* y cuya determinación quedara al arbitrio de una de las partes. Pero también en torno al precio y su fijación puede darse otra circunstancia: que inicialmente sí que reuniera los requisitos para ser considerado precio cierto pero que existiera una cláusula

---

<sup>769</sup> GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., “La determinación...”, op. cit., p. 106. Haciendo referencia a su frecuente aplicación en el ámbito mercantil y defendiendo su licitud, también RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario a los artículos 1445 a 1456...”, op. cit., p. 1688; PACHECHO JIMÉNEZ, M. N., “La determinación del precio...”, op. cit., p. 555. Aunque en otro ámbito, el de la contratación con consumidores, y respecto de una normativa específica, el artículo 85.10 TRLGDCU, podría encontrarse una cierta conexión entre esta idea de que el precio con el que normalmente participa la parte correspondiente en el tráfico jurídico no es un criterio subjetivo sino objetivo con la expuesta por PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 826, al hilo de la declaración de abusividad de una cláusula que permite estipular el precio en el momento de la entrega del bien o servicio: en principio, la consecuencia lógica sería la ineficacia total del contrato por inexistencia del objeto, salvo que, de manera excepcional, el consumidor pudiera “*haberse forjado una expectativa legítima sobre un precio concreto del bien o servicio a partir de la publicidad, relaciones precontractuales o de cualquier otra circunstancia, en cuyo caso la declaración de abusividad de la cláusula podría comportar solo su nulidad parcial y la subsistencia del contrato con el precio que el consumidor legítimamente podía esperar*”.

mediante la cual una de las partes se reservara la facultad de alterarlo unilateralmente. En este escenario el problema no sería una contravención del 1.447 y 1.449 Cc sino del artículo 1.256. Para esta cuestión nos remitimos al siguiente apartado (“*Motivos válidos para la modificación unilateral*”) así como al último de los dedicados al art. 1256, en el que se intenta una mayor delimitación del supuesto de hecho de la norma<sup>770</sup>. Como tendremos ocasión de ver, este tipo de cláusula solo podrá ser aceptada si se supedita la modificación a la concurrencia de una serie de circunstancias determinadas y cualificadas<sup>771</sup>.

En cualquier caso y a modo de ejemplo y anticipo de lo que puede ser una justa causa para aceptar una modificación, podemos apuntar que la Ley de contrato de transporte terrestre de mercancías expresamente contempla esta situación. Su artículo 38 está destinado a regular una posible revisión del precio de transporte pero solo ante un determinado supuesto como es la variación del precio del gasóleo. Así, y en defecto de pacto en contra, se admite la posibilidad de que el porteador pueda incrementar el precio inicialmente pactado (o el obligado al pago, reducirlo) si el precio del gasóleo hubiese aumentado (o reducido, respectivamente) entre el día de la celebración del contrato y el momento de realizarse el transporte. La modificación del precio debe hacerse siguiendo los “*criterios o fórmulas que*

---

<sup>770</sup> Cfr. Segunda parte. Capítulo III. I. 1.2 (“*Las posibilidades de la interdicción de la arbitrariedad como control de contenido: delimitación del supuesto de hecho*”).

<sup>771</sup> En relación a este extremo, encontramos en la jurisprudencia supuestos relacionados con la variación del precio inicialmente fijado. No se puede considerar una modificación sustancial de las condiciones de un contrato de seguro –respecto del precio– la aplicación del IPC al precio de la póliza (SAP Barcelona de 27 de julio de 2010 [JUR\2010\387690]). Por el contrario, en un contrato de franquicia se declara nula una cláusula en virtud de la cual el franquiciador, mediante una simple comunicación, se reserva el derecho a modificar los valores de los *royalties* contraprestación a la utilización de la marca y servicios del franquiciado. Entiende la Audiencia Provincial que resulta contrario al ordenamiento jurídico que un elemento esencial en un contrato oneroso como es el de franquicia pueda ser modificado de forma unilateral por el franquiciador: “*esta posibilidad, establecida sin ninguna limitación, en contradicción con lo establecido en el pacto vigésimo, subvierte la esencia misma del negocio jurídico, se opone a la norma contenida en el artículo 1.256 del Código civil y podría legitimar situaciones de ruptura del equilibrio del sinalagma que ha de existir entre las prestaciones de cada una de las partes*” (SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2011 [JUR\2011\258674]). De nuevo y con el mismo razonamiento, otro contrato de franquicia contiene una cláusula que el órgano jurisdiccional considera contraria al artículo 1.256 del Código civil y declara nula. En este caso, la franquiciadora también se reserva la facultad de fijar unilateralmente y a su arbitrio las contraprestaciones al franquiciado, cláusula que no encuentra justificación en que el mercado de la telefonía sea dinámico y no estático (SAP de Madrid de 17 de abril de 2008 [JUR\2008\188215]).

Aunque en este caso no referida a una relación entre comerciantes, nos parece de relieve señalar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 2008 [RJ\2008\2094], que conoce de un préstamo hipotecario para la compra de una vivienda unifamiliar. Hay diversas cláusulas del préstamo cuya validez se cuestiona, estando dos de ellas referidas a los intereses remuneratorios y corriendo distinta suerte. Por una parte, la cláusula referida al tipo de interés remuneratorio alternativo, que no se considera contraria al artículo 1.256 del Código civil porque lo que se pacta es siempre por definición en beneficio del deudor –no puede ser nunca superior al tipo de interés ordinario pactado– y sujeto a unas condiciones objetivadas: su variabilidad, al alza y a la baja, aunque depende exclusivamente de la entidad aseguradora, debe obedecer a dos circunstancias concretas previstas en el contrato. Por el contrario, la cláusula que otorga a la entidad acreedora la facultad de modificar libremente los intervalos a los que se cargan los intereses, en tanto en cuanto no está remitida a una motivación objetiva, sí que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.



*tenga establecidos la Administración en las correspondientes condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera” y basándose en “la repercusión que la partida de gasóleo tenga sobre la estructura de costes de los vehículos de transporte de mercaderías”.* Nos puede dar una idea de que estamos ante una cuestión sensible a efectos de abusos el hecho de que el legislador haya previsto la nulidad de un pacto en contra de lo anteriormente dispuesto si tiene “*un contenido claramente abusivo y en perjuicio del porteador*” y la ausencia de efecto “*cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto solo pueda mostrar su aceptación o rechazo global*”<sup>772</sup>.

### **b) Motivos válidos para la modificación unilateral**

De estas primeras preguntas acerca de la determinación del precio y de cuándo podría ser aceptada una modificación unilateral del mismo, surge inmediatamente otra de mayor envergadura que ya habíamos dejado anotada: si existen circunstancias y, en su caso, cuáles, que permitan aceptar una cláusula que faculta a una de las partes para modificar unilateralmente algún aspecto del contrato. La doctrina, al hilo del estudio de la protección al consumidor, ha elaborado una serie de criterios que deben cumplirse para que una cláusula que contenga tal facultad no sea abusiva y que, desde nuestro punto de vista, serían extensibles a la contratación entre empresarios. Los requisitos que se han planteado que deben cumplir los motivos para ser “válidos” a efectos del artículo 85.3 TRLGDCU – que, recordamos, declara abusivas las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de modificación unilateral del contrato salvo que concurran motivos válidos especificados en el contrato- estarían relacionados, *grosso modo*, con la ajeneidad, imprevisibilidad y gravedad<sup>773</sup>. En primer lugar y para descartar que se esté dejando a la mera voluntad de una

---

<sup>772</sup> También respecto a la variación de costes, aunque referido a un contrato distinto, no queríamos dejar sin mencionar la solución del Código civil en los contratos de obra con precio a tanto alzado. El artículo 1.593 dispone que el aumento de los jornales o materiales no autoriza al arquitecto o contratista a pedir un aumento del precio (sin perjuicio de la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, si se dieran los presupuestos). Se ha dicho que esta norma es de aplicación a los contratos entre contratistas y subcontratistas por la especial obligación de diligencia en la previsión de los costes de la prestación que se le exige a los profesionales: “*con mayor razón deberá aplicarse en los casos de contratos de obra entre profesionales, que deben conocer mejor que los consumidores finales los riesgos y vicisitudes propias de su tráfico*”, según SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 1593”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1201. Asimismo, RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario a los artículos 1588 a 1600...”, op. cit., pp. 1853 - 1854.

<sup>773</sup> ALVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.I.2ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 858 – 860; FERRER RIBA, J., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., pp. 1002 – 1007; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario a los artículos 82 a 87, 89. 1 a 5, 89.7 y 91”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los*

de las partes el transcurso del contrato, es necesario que el suceso sea ajeno al ámbito de control de la parte, a lo que se une que tampoco fuera previsible su concurrencia. Por último, como consecuencia de tal circunstancia el cumplimiento de lo originariamente pactado debe haberse convertido en algo excesivamente gravoso que no pueda ser exigible de buena fe. Lo que revelan estos criterios es la intención de llegar a un parámetro respecto del que valorar la validez de la cláusula lo más **objetivo** posible, para apartarnos, de este modo, de una conducta arbitraria, que es lo proscrito por el artículo 1.256 Cc. Así, se pretende que exista una justificación para que se altere alguna circunstancia del contrato. Que, en palabras de ALVAREZ OLALLA<sup>774</sup>, la modificación no se produzca “*de forma caprichosa, por mera comodidad del profesional o ánimo de obtener un mayor beneficio de la operación, en perjuicio del consumidor, sino porque se hayan modificado las condiciones iniciales bajo las cuales se celebró el contrato y sea razonable admitir el ejercicio del “ius variandi” por parte del profesional*”. En este sentido señala FERRER RIBA<sup>775</sup> que el resultado que se obtenga con el reajuste del contrato debe ser eficiente, debe mejorar la posición de las dos partes o, al menos, la de una sin perjudicar al otro contratante y que no puede ocultar, en ningún caso, una redistribución de riesgos a favor de la parte predisponente.

Tampoco puede, claro está, ser una cláusula ambigua en cuanto a su funcionamiento: los motivos que pueden dar lugar al ejercicio de esa facultad de modificación unilateral deben constar de forma clara y específica en el contrato. Cuando examinamos la (in)determinación del precio, la conclusión a la que se llegó era que había una cierta flexibilidad en torno a este elemento con la justificación de que estuviera referido a un criterio del que se tenía que predicar la objetividad y la publicidad y claridad respecto de su funcionamiento. Pues bien, de forma análoga en el supuesto general de modificación unilateral, no solo es necesario que el criterio sea objetivo sino que tiene que ser **preciso**. PERTÍÑEZ hace hincapié en esta idea al señalar como abusivas aquellas cláusulas que formularan los motivos que autorizan una modificación unilateral con extrema vaguedad, poniendo ejemplos como la concurrencia de “*motivos graves*”, “*causas imprevistas*” o “*circunstancias sobrevenidas*”<sup>776</sup>. Nos parece claro que, en la búsqueda de un límite al libre arbitrio, de nada serviría exigir la constancia de una causa en el contrato que, además, tiene

---

*Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1014 – 1015; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular...”, op. cit., pp. 802 – 803.

<sup>774</sup> ALVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., pp. 858.

<sup>775</sup> FERRER RIBA, J., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., pp. 1002, 1004 y 1007. Asimismo, PACANOWSKA, I., “Comentario a los artículos...”, op. cit., p. 1015.

<sup>776</sup> PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular...”, op. cit., pp. 803 – 804.

que ser objetiva, si luego el predisponente, por una redacción equívoca, puede dotar del contenido que desee a dicha causa. Sería una forma evidente de que el arbitrio prohibido por el legislador y limitado por el requisito de la objetividad entrara por la vía de una ambigua redacción<sup>777</sup>.

La búsqueda de la objetividad que justifique una previsión de modificación unilateral del contrato por parte de uno de los contratantes se puede observar en la jurisprudencia:

En un contrato de producción televisiva, se considera alteración unilateral sin justificación el cambio de criterio en la medición de audiencia de un programa, de tal manera que da lugar a un *share* tan bajo que permite la resolución unilateral del contrato de forma arbitraria. La cadena se reserva la facultad de poder dar por resuelto el acuerdo “*en cualquier momento [...], en el supuesto de que la audiencia media obtenida por la emisión de cuatro episodios consecutivos del programa no alcanzase el share medio de la cadena en las mismas semanas de emisión*”, acordándose, igualmente, que el programa se realizaría conforme al plan de trabajo aprobado por la cadena de televisión, que podría ser modificado por ella. De esta manera, cobra una gran importancia qué programas se incluyan en el formato y en qué momento se tome la referencia de *share* medio (SAP de Madrid de 26 de mayo de 2006 [AC\2006\1832]).

La AP de Barcelona (sentencia de 16 de mayo de 2011 [JUR\2011\258674]) declara nula una cláusula contenida en un contrato de franquicia en virtud de la cual “*se obliga al franquiciado a prestar en el establecimiento identificado con la marca UNIPOST únicamente los servicios objeto de la presente franquicia, lo cual no es objeto de controversia y resulta adecuado para preservar la homogeneidad de los establecimientos integrantes de la red de franquiciados, y los que sean facilitados por el franquiciador en el futuro*”. Este último inciso es el que, a juicio del juzgador, introduce una facultad omnímoda a favor del franquiciador de fijar el objeto del contrato sin ninguna posibilidad de la otra parte de conocer si las modificaciones que se puedan hacer -“*sin limitación de ningún tipo*”- le van a resultar rentables y quedando el objeto del contrato, por tanto, en manos de uno de los contratantes. A juicio de la sentencia de la AP de Madrid de 17 de abril de 2008 [JUR\2008\188215]), sin embargo, no resulta contraria al artículo 1.256 y, por tanto, no se considera nula, una cláusula en un contrato de franquicia que faculta a la franquiciadora a realizar modificaciones o adaptaciones periódicas

---

<sup>777</sup> Es cierta, empero, la reflexión que realiza PERTÍÑEZ VILCHEZ, *ibidem*, op. cit., p. 804, acerca de hasta dónde se puede exigir esta especificación de los motivos válidos para que lo sean: si se les está pidiendo que su acontecimiento sea totalmente imprevisible, no se puede exigir a la par que ese mismo acontecimiento esté totalmente definido en el contrato; en muchos casos “*solo podrá hacerse a partir de su pertenencia a categorías genéricas*”.

del manual de franquicia a fin de adaptar el concepto de negocio a las tendencias y circunstancias del mercado (mercado de la telefonía móvil)<sup>778</sup>.

Nos permitimos introducir de nuevo la mención de un supuesto en el que participa un consumidor por su interés para ilustrar este punto. La DGRN, en su ya citada Resolución de 8 de febrero de 2008 [RJ\2008\2094] entiende ajustada a Derecho una cláusula contenida en un préstamo (con la garantía hipotecaria de una vivienda familiar) en virtud de la cual si en el futuro hubiera subido sustancialmente el valor de mercado de la finca, el prestatario estaría obligado, a petición de la entidad acreedora, a modificar el valor de tasación, para adaptarlo al valor actualizado y, de no hacerlo, la entidad acreedora se consideraría apoderada para hacerlo aunque incurriera en autocontratación. Además de que es aconsejable la previsión de un procedimiento para adaptar el tipo fijado de cara a la subasta, lo que es beneficioso para ambas partes –el acreedor tiene más posibilidades de conseguir la totalidad del crédito y el deudor de que exista sobrante una vez satisfecha la deuda–, la cláusula permite al deudor intervenir en la determinación del nuevo valor, a lo que se suma que la ley prevé la posibilidad de participación unilateral de la entidad acreedora ante determinadas oscilaciones del valor de subasta de la finca.

Por otra parte, una cláusula que reserve al predisponente la facultad de modificar unilateralmente algún aspecto de la relación obligatoria puede ser también una cláusula mediante la que, de forma soterrada, busque eximirse de responsabilidad derivada de incumplimiento –por ejemplo, si el predisponente puede alterar el resultado convenido inicialmente puede manejar, a su vez, los supuestos de inobservancia de la obligación–. Como tendremos ocasión de ver en el estudio de las cláusulas que limiten o excluyan los remedios del acreedor frente al incumplimiento<sup>779</sup>, el artículo 1.105 Cc regula los supuestos en los que, en principio, no se deriva responsabilidad para el deudor puesto que se trata de acontecimientos que están fuera del ámbito de lo previsible e inevitable por el mismo. No es extraño establecer un paralelismo entre las características que hemos visto que se requieren para considerar a un motivo “válido” a efectos de la modificación unilateral del contrato y las causas de inimputabilidad del incumplimiento recogidas en el artículo 1.105. Como consecuencia de la identificación, se plantea PERTÍÑEZ<sup>780</sup> por qué un predisponente tiene interés en incorporar al contrato una cláusula que le faculta para modificar su

---

<sup>778</sup> En el mismo sentido, sentencia de la AP de Barcelona de 18 de diciembre de 2002 [JUR\2003\107522].

<sup>779</sup> Nos remitimos al apartado correspondiente, “*Cláusulas que limiten los derechos por incumplimiento o cumplimiento defectuoso*” (Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.iv.)

<sup>780</sup> PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular...”, op. cit., pp. 803. El mismo autor, haciendo alusión a la modificación unilateral de la obligación como vía para excluir responsabilidades por parte del predisponente, La protección del comitente..., op. cit., pp. 713 – 715.

contenido en casos en los que el incumplimiento no le sería de todas maneras imputable. La argumentación que expone el autor, muy acertada e interesante a nuestro juicio, se centra en la diferencia de consecuencias. Así, además de que se asegura la facultad de modificación – no podemos olvidar que el artículo 1.105 es una norma de Derecho dispositivo con lo que cabe la existencia de una cláusula de agravación de responsabilidad-, consigue evitar las consecuencias de que concurra fuerza mayor, esto es, bien una exoneración de responsabilidad por los daños pero manteniendo la obligación de cumplir en las mismas condiciones, bien una liberación del deber de prestación si como consecuencia del caso fortuito deviene imposible el cumplimiento (artículos 1.182 y 1.184 Cc). Por el contrario, advierte el citado autor, *“la introducción de una cláusula que faculte al empresario a modificar el contenido de su prestación cuando exista un motivo de fuerza mayor inimputable, atribuye al empresario la posibilidad de mantener la vigencia del contrato, alterando las condiciones de su prestación, adecuándolas a las nuevas circunstancias”*.

Una última cuestión a la que debemos hacer alusión es si el hecho de que, ante una modificación unilateral de algún aspecto del contrato, se permita a la otra parte la facultad de desistir del mismo sin que exista penalización alguna, supone algún cambio en lo expuesto. En el caso de la legislación de consumo, se convierte en un requisito para que una cláusula que permite cierto margen de modificación del contrato al predisponente no sea abusiva, aunque no respecto de la modificación unilateral en general (apartado 3 del artículo 85) sino solo respecto del precio (el artículo 85.10 TRLGDCU habla de *“reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado”*). Se ha dicho con cierto sentido que el hecho de reconocer al adherente la posibilidad de desligarse del contrato ante una modificación unilateral del predisponente, garantiza una vía para evitar sufrir las posibles consecuencias abusivas. Esto haría menos relevante el hecho de exigir la existencia de una justa causa o un motivo válido para poder llevar a cabo dichas alteraciones porque, con independencia de ello, podría desvincularse de la relación contractual. La valoración de la cláusula de modificación unilateral podría ser, en este caso, más flexible. Si bien esto es verdad, estamos con GONZÁLEZ PACANOWSKA en que ejercitar la facultad de desistimiento del contrato puede perjudicar al adherente al tener que elegir entre aceptar una modificación del mismo o sacrificar su interés en la prestación<sup>781</sup>.

---

<sup>781</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario a los artículos...”, op. cit., p. 1016.

### 1.1.ii. Facultades unilaterales de interpretación del contrato

El artículo 85.3 TRLDCU recoge, conjuntamente con el supuesto de modificación, aquel en el que el predisponente se reserva facultades de interpretación del contrato, cláusula que pasaremos a examinar a continuación. A nuestro juicio, adelantamos, es clara su nulidad con independencia del sujeto adherente –consumidor o empresario– puesto que la normativa de consumo no es la única que conduce a esa conclusión.

Si la figura de la interpretación tiene como finalidad indagar en la voluntad de las partes y atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes<sup>782</sup>, parece que los sujetos llamados a realizar esta labor deben ser, en primer lugar, los autores del contrato de forma conjunta<sup>783</sup>. El sentido de este precepto radica, pues, en evitar que las dudas o lagunas que pudieran derivarse del articulado del contrato puedan ser resueltas por una de las partes en función de sus intereses, más cuando estamos ante un tipo de contratación en la que la posición de ambos contratantes es muy diferente<sup>784</sup>.

Es de observar, no obstante, que la misma cautela que se introduce en contratación con consumidores realmente sería de obligado cumplimiento también cuando el adherente es un empresario. En primer lugar, porque dejar a la voluntad del predisponente la facultad de determinación de aquellos aspectos cuyo sentido es dudoso es tanto como dejar al arbitrio de una de las partes el poder redefinir ciertos parámetros del contenido del contrato, pudiendo implicar, por ejemplo, modificaciones de las obligaciones de las partes o, trayendo a colación un supuesto íntimamente vinculado con este y que será objeto de tratamiento específico, esto es, que el predisponente pueda determinar la conformidad de los bienes o servicios con lo estipulado. Pero junto a esta obvia vulneración de la interdicción de la arbitrariedad (art. 1.256 Cc), también hay que tener en cuenta las reglas de interpretación contenidas en los distintos textos legales, reglas que no hacen sino reafirmar esta solución.

---

<sup>782</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, 6ª ed., Civitas, Navarra, 2007, p. 495.

<sup>783</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 497 – 498, señala como posibles tipos de interpretación contractual según sus sujetos, la interpretación auténtica –llevada a cabo por las partes contratantes conjuntamente–, la interpretación judicial –en caso de litigio– y la interpretación doctrinal –en el caso de que un tercero desempeñe una función de asesoramiento–.

<sup>784</sup> Acerca de este precepto, vide ALVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.I.2ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 853 – 856; FERRER RIBA, J., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., pp. 991 – 993.

Los artículos 1.281 a 1.289 Cc regulan la interpretación de los contratos, recogiendo tanto criterios subjetivos como objetivos para llevar a cabo esta operación y fijando alguna regla que, con matices, ha sido incluida por el legislador como imperativa en la contratación mediante condiciones generales, tal y como es la interpretación *contra proferentem*. También en el ámbito mercantil tienen aplicación estos preceptos de la legislación común, aunque modulados por las reglas especiales que pudiera contener el Código de Comercio, que dedica, en los que a nosotros nos interesa, sus artículos 57 y 59 a señalar las pautas por las que se rige la interpretación de los contratos mercantiles<sup>785</sup>. El primero de ellos, alude a la buena fe como criterio para ejecutar y cumplir los contratos siempre según los términos en que fueron redactados, para lo cual, entre otros, hay que estar al sentido recto, propio y usual de las palabras, esto es, el sentido habitual con el que son utilizadas por los comerciantes. De este modo se le da entrada a los usos del comercio, claves para llegar a una interpretación en sintonía con el sector comercial en el que se desenvuelven los contratantes<sup>786</sup>. Por su parte, el artículo 59 Ccom sí que supone una variación respecto de lo dispuesto para los contratos civiles en la medida en que dispone que, en caso de dudas, se

<sup>785</sup> Respecto de la interpretación de los contratos mercantiles, entre otros, *vide* VILA FLORENSA, P., “Comentario a los artículos 57 a 59”, en SALA REIXACHS, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 502 – 511; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato mercantil”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2007, p. 44; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 35ª ed., Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 200 - 201; PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles: su régimen en Derecho español”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 244 – 245. En el mismo ámbito mercantil pero con carácter internacional, cabe anotar que el artículo 8.2 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías remite al criterio de lo razonable para interpretar las declaraciones y otros actos de una parte (“*deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte*”). Acerca del estándar de la razonabilidad, la norma de interpretación objetiva que contiene este apartado, LÓPEZ LÓPEZ, A., “Comentario al artículo 8”, en DIEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 121 y ss., quien entiende que el artículo 8.2 CV no apela tanto a un esperado entendimiento leal cuanto a un esperado entendimiento usual en personas de la misma condición. Por su parte, el capítulo 5 de los PECL regula el régimen de interpretación de los contratos, señalando el artículo 5:101(3) que, a falta de poder averiguar la intención común de los contratantes, se estará al sentido “*que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias*”, atendiendo en especial, entre otros, al “*sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que hubieran podido recibir con anterioridad cláusulas similares*” así como “*a los usos*” (artículo 5:102 (e) y (f)). También el DCFR alude a la interpretación según una persona razonable (II. 8:101 (3)), señalando que se tendrán en cuenta criterios como las circunstancias en las que se concluyó el negocio jurídico, entre otros, la conducta de las partes, el significado que comúnmente se le dé a las expresiones en cuestión en el sector concreto, la naturaleza y finalidad del contrato, los usos o la buena fe (II. 8:102 (1)).

<sup>786</sup> En este sentido, puede tener relevancia en contratación entre empresarios el artículo 1.287 del Código civil, que alude precisamente al “*uso o la costumbre del país*” para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. En el mismo sentido, el artículo 8.3 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, para concretar el concepto de la razonabilidad, remite, dentro de las circunstancias pertinentes al caso y además de las negociaciones y el comportamiento ulterior de las partes, a cualesquiera prácticas que éstas hubieran establecido entre ellas así como los usos correspondientes.

estará al criterio *favor debitoris*, separándose así del artículo 1.289 Cc que opta por atender a la mayor reciprocidad de intereses. No tienen mayor relevancia las disquisiciones acerca del criterio de cierre a aplicar a los contratos mercantiles en el caso que nos ocupa<sup>787</sup> puesto que, ante todo, se trata de contratos mediante condiciones generales, cuya legislación contiene reglas de interpretación *ad hoc* contenidas en el artículo 6 LCGC y que son de aplicación imperativa a todos los contratos, con independencia de la naturaleza del adherente. La norma de cierre contenida en el punto segundo del referido precepto establece que, en caso de duda en la interpretación, las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente, cerrando así, la cuestión acerca de la regla a aplicar.

Se comprenderá, por todo ello, que aún reconociéndole a las partes en base a su autonomía de la voluntad un margen de maniobra respecto de los pactos concernientes a las reglas hermenéuticas, las peculiaridades de la contratación mediante condiciones generales eliminan esta posibilidad: el esquema de igualdad de las partes que, de forma conjunta, optan por unos criterios para resolver las posibles oscuridades que existan en el contrato, desaparece. De ahí que el artículo 6 LCGC tenga el carácter de imperativo y que deban declararse nulas por contravenir una norma de este carácter aquellas cláusulas que reserven a favor del predisponente facultades unilaterales de interpretación, en virtud de los artículos 8.1 LCGC y 6.3 Cc.

En consonancia con esta idea de “esencialidad” de los criterios de interpretación en cláusulas no negociadas individualmente, el texto de la Propuesta para la Modernización recoge de forma expresa como uno de los supuestos de cláusulas abusivas aquellas que “*concedan al predisponente facultades exclusivas de interpretación del contrato*” (artículo 1.262.3.g))<sup>788</sup>. En la misma línea, respecto de Derecho vigente aunque sea de aplicación restringida a los consumidores, es significativo el cambio de redacción del artículo 85.3 TRLDCU respecto del

---

<sup>787</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J., “Comentario al artículo 6...”, op. cit., p. 424, apunta que, dado que por el propio mandato del artículo 59 de Código de comercio (remisión al artículo 2 del mismo texto), habría que acudir a las reglas contenidas en el Código Civil, el artículo 1.289 de esta norma dejaría sin efectividad a la norma de cierre del Código de Comercio. Por su parte, PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles...”, op. cit., p. 244, observa, por una parte, que, aunque la prelación normativa que establece el artículo 50 del Código de comercio invierte el orden de prelación de fuentes del artículo 2 del mismo texto, el artículo 59 supone una excepción al art. 50. Por otra, advierte acerca de la dificultad de aplicación del criterio *favor debitoris* en el supuesto de obligaciones recíprocas.

<sup>788</sup> En sede de interpretación de contratos en general, la Propuesta mantiene entre los criterios de interpretación el relativo a las cláusulas oscuras, equivalente al 1.288 del texto vigente afirmando que “*la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*” (artículo 1.280.2). La misma idea, aunque con una redacción un poco complicada, se recoge en el Anteproyecto de Código de comercio en su art. 430-4(2): “*Las dudas que susciten las condiciones generales se resolverán conforme a las reglas de interpretación establecidas por el presente Código. En su defecto, se resolverán a favor de la parte que aceptó las condiciones*”.



texto equivalente anterior y que no tiene otra intención más que aclarar que, en ningún caso, la interpretación del contrato puede quedar a la voluntad del predisponente. Efectivamente, la redacción del artículo equivalente en la LCGC, el apartado 2º de la Disposición Adicional 1ª, I, conducía a la confusión acerca de la posibilidad de que, existiendo “*motivos válidos especificados*” en el contrato, pudieran reservarse a favor del profesional facultades unilaterales, no sólo de modificación sino también de interpretación. Esta redacción se ha corregido favorablemente en el Texto Refundido, cuyo artículo 85.1 especifica que los motivos válidos sólo hacen referencia a las facultades de modificación.

En otro orden de cosas y antes de concluir, nos interesa apuntar, siquiera sucintamente, la diferencia entre la facultad unilateral de interpretación y la facultad de una de las partes de dar instrucciones en cuanto al cumplimiento del contrato<sup>789</sup>, toda vez que existen contratos –y más en el ámbito mercantil– en los que las obligaciones de una de las partes se ven afectadas por las directrices de la otra. La posibilidad de que la dirección facultativa de una obra lleve a cabo una interpretación técnica del proyecto que tenga que ser tenida en cuenta por el contratista para la ejecución del contrato<sup>790</sup> o las instrucciones a las que tiene que atender el prestador de servicios para la prestación de los mismos<sup>791</sup>, son dos ejemplos de ello. También está dentro de los deberes de una de las partes en el contrato de mandato –el mandatario– observar las directrices que reciba del principal para el desenvolvimiento de la actividad de gestión, dado que en el contrato no está predeterminada de modo absoluto la prestación objeto del mismo, pudiéndose realizar la misma afirmación respecto de la comisión mercantil o del contrato de mediación o corretaje<sup>792</sup>. Del mismo modo es evidente en los llamados contratos de colaboración empresarial<sup>793</sup>: el artículo 9 de la Ley de Contrato de agencia recoge como una de las obligaciones del agente “*desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario*” y, por su parte, en el contrato de franquicia, existe una sumisión del franquiciado a las instrucciones

<sup>789</sup> Señala esta idea FERRER RIBA, J., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., pp. 992 - 993.

<sup>790</sup> Por ejemplo, las instrucciones que da el arquitecto a la Dirección de ejecución de la obra en las visitas de obra para interpretar un plano de estructura; la elección de acabados, como el suelo o alicatados, que aparecen reflejados de forma genérica en el proyecto pero que requieren una precisión ulterior.

<sup>791</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., p. 463.

<sup>792</sup> ANGULO RODRÍGUEZ, L., “El contrato de comisión”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, p. 273; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., “Contratos de colaboración: el contrato de comisión”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 158 – 159; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 477 – 478; 524 – 525;

<sup>793</sup> Seguimos la clasificación hecha por DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., pp. 441 y ss., autor que incluye dentro de los contratos de colaboración empresarial el contrato de agencia, concesión y distribución.

del franquiciador<sup>794</sup>. En todos estos casos, no se trata estrictamente de una labor interpretación a voluntad de una de las partes ya que, como evidencia FERRER RIBA<sup>795</sup>, “no se trata de desvelar y fijar el significado de las estipulaciones contractuales, sino de especificar las prestaciones o el modo de cumplirlas en la medida en que tales extremos no hayan quedado regulados en el acto de perfección del contrato”.

### **1.1.iii. Reserva del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato**

El tipo de cláusulas que se incluirían en este supuesto serían aquellas mediante las cuales el predisponente se reservara el derecho a fijar el alcance de la prestación que se recoge en el contrato. Permitir esto sería tanto como dejar en manos de una de las partes el cumplimiento del contrato en cualquiera de los dos supuestos que caben: si el predisponente es el deudor, puesto que con cualquier prestación podría liberarse de su obligación; si el predisponente es el acreedor, puesto que puede decidir si el deudor se libera o no de su obligación. Este argumento es el manejado por los autores que, a nuestro juicio con acierto, consideran esta estipulación contraria al artículo 1.256 Cc y, por tanto, nula no sólo en contratos con consumidores sino también cuando la parte adherente fuera un profesional<sup>796</sup>.

---

<sup>794</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., pp. 454.

<sup>795</sup> FERRER RIBA, J., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., p. 993. En similar sentido, comentando la Ley sobre contrato de agencia, PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al artículo 9”, en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M.; PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 193 – 197, resalta la importancia de la función de las instrucciones en los contratos de gestión por cuanto permiten concretar el encargo genérico encomendado al gestor, más si cabe en el supuesto del contrato de agencia puesto que, dada la estabilidad de la relación entre las partes, es especialmente importante que se pueda ir adaptando el encargo a la cambiante realidad económica. Define el autor instrucciones como “*actos unilaterales de eficacia declarativa, cuya función es la de especificar el contenido de una obligación asumida por la otra parte*” (p. 193).

<sup>796</sup> ALVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.I.8ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 989 - 990, quien entiende que los efectos que produciría la inclusión de una cláusula así en un contrato negociado serían muy similares. Por su parte, SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 8ª”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 1096, afirma que lo que convierte en abusiva a esta cláusula es estar incluida en condiciones generales. Entendemos que referidas a todo adherente porque, aunque luego el autor hace referencia en su justificación a la figura del consumidor, quien “no habrá podido ejercer su autonomía privada respecto a, primero, decidir si la prestación realizada se ajusta a la convenida, y, segundo, considerar si lo realizado efectivamente, aunque difiera de lo convenido, satisface sus intereses”, es extrapolable a un adherente empresario. También PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato...”, op. cit., p. 828, alude al artículo 1.256 Cc y tacha de innecesaria la inclusión del supuesto en la lista de cláusulas abusivas aunque, según reconoce, “tiene la virtualidad de aclarar que en los contratos con consumidores no tiene cabida la más mínima excepción a la regla de la interdicción de la arbitrariedad en el cumplimiento del contrato”.

Efectivamente, en la medida en que el cumplimiento de la prestación implica no sólo la ejecución de la misma por el deudor para su liberación sino también una carga de colaboración por parte del acreedor, que pretende ver satisfecho su interés, parece evidente que corresponde a ambas partes determinar si lo ejecutado por el primero es adecuado con el objeto de la prestación. Así lo manifiesta DÍEZ-PICAZO, para quien decidir en cada caso si se entiende cumplido el deber de prestación exige “*un juicio de confrontación o de contraste entre la prefiguración ideal de la prestación (programa de prestación prometido) y la realización efectiva de la misma*”. Este juicio, prosigue el autor, “*tiene que ser hecho por las propias partes interesadas*”<sup>797</sup>. El Código civil nos proporciona una serie de requisitos para que el pago sea regular y que la doctrina ha resumido en identidad, integridad e indivisibilidad<sup>798</sup>. Sin embargo, dado que el acreedor puede aceptar algo diferente a lo convenido, estos criterios no le vinculan de un modo absoluto sino que, más bien, funcionan como un derecho del mismo a poder exigir al deudor que la prestación se acomode a lo determinado en el título constitutivo de la obligación<sup>799</sup>.

De lo expuesto se deduce claramente que, en el caso de que el **predisponente fuera el deudor**, dejarle la facultad de determinar si el bien entregado o el servicio prestado por él mismo es conforme con lo que se hubiera programado en la obligación supone saltarse las normas sobre regularidad del pago y, sobre todo, desprender al acreedor de su facultad de valorar la adecuación de la prestación, pudiendo aceptarla, aceptarla con reservas o incluso rechazarla, siendo un órgano jurisdiccional el que, en este caso, tendría que valorar la exactitud de la prestación ejecutada.

Y es que, una vez señalada la contravención del artículo 1.256 Cc, al quedar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes puesto que el deudor – predisponente- podría liberarse de la obligación con cualquier prestación<sup>800</sup>, es de obligada

<sup>797</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 572.

<sup>798</sup> Respectivamente, según el artículo 1.166 del Código civil el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, mientras que en virtud del artículo 1.157 del mismo texto no se entenderá pagada la deuda sino cuando se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación completamente. Por su parte, y tal y como dispone el artículo 1.169 del Código civil, no se podrá compeler al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones.

<sup>799</sup> Así lo manifiesta LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, II, vol. 1º, op. cit., p. 138, al afirmar que “*el triple requisito opera como un derecho del acreedor a exigir que el pago se haga de modo que la prestación realizada sea idéntica a la debida y en forma total y no dividida en partes: si no fuese así, tendrá derecho a rechazarla, pero también puede aceptarla*”.

<sup>800</sup> Dentro de los dos supuestos a los que hace referencia el artículo 1.256 Cc, validez y cumplimiento (aunque ya veremos cómo hay que entenderlos en un sentido amplio, respecto de cualquier arbitrariedad en el contrato), parece que la determinación unilateral de falta de conformidad se ubica más en la esfera del cumplimiento que de la validez. No obstante tratarse de la determinación del objeto de un contrato, el

referencia otra vulneración no menos importante y consecuencia de la anterior: afirmar que cualquier prestación ejecutada por el predisponente tiene que ser aceptada por el adherente como adecuada equivale a decir que a éste último se le estaría limitando la posibilidad de ejercitar los derechos que le corresponden ante un cumplimiento defectuoso<sup>801</sup>. Si seguimos con el estudio paralelo de las cláusulas en contratación con consumidores que son consideradas abusivas por ser contrarias al artículo 1.256 Cc, este supuesto nos situaría en el artículo 86.1 TR<sup>802</sup>, cuya contrariedad a la norma vendría dada por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario: “*la exclusión o limitación de forma inadecuada de sus derechos legales por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario así como las normas legales sobre conformidad*”. Del mismo modo, se puede establecer también una estrecha relación con otro tipo de cláusulas que, en el fondo, producen un efecto similar y que son aquellas que contengan declaraciones de recepción o de conformidad sobre hechos ficticios<sup>803</sup>. Con la suscripción de estas cláusulas por parte del adherente, el predisponente-deudor persigue liberarse de su responsabilidad queriendo dejar constancia de una ejecución o entrega que realmente no se ha producido todavía o de la conformidad de lo entregado o ejecutado respecto del contrato, sin que exista de forma certera tal correspondencia en la prestación efectivamente llevada a cabo<sup>804</sup>. En ambos

---

problema no es tanto que el mismo se encuentre indeterminado –en el sentido de generar una falta de uno de los elementos esenciales del contrato, en virtud del artículo 1.273 Cc- sino que, *a posteriori*, el predisponente pueda interpretar según sus intereses qué se estableció en el contrato y la adecuación de lo por él ejecutado a dicha interpretación. Acerca de esta idea, *vid.* ALVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición...”, *op. cit.*, pp. 985 – 986. Respecto a la determinación del objeto de un contrato, cabe señalar que DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, *op. cit.*, p. 254, admite en algunos casos el arbitrio de una de las partes por el uso de los negocios, poniendo como ejemplo los honorarios en muchos contratos de arrendamiento de servicios, que quedan al *arbitrium boni viri* de la parte que presta el servicio (nos remitimos a lo expuesto al hilo de la indeterminación del precio).

<sup>801</sup> Hacen referencia a ello ALVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición...”, *op. cit.*, pp. 986; SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Comentario a la Disposición...”, *op. cit.*, p. 1097; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular...”, *op. cit.*, p. 828.

<sup>802</sup> Artículo 86.1 TR: “*La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.*

*En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad en el contrato de los bienes y servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad*”.

<sup>803</sup> Dentro del elenco de cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, art. 89 TRLGDCU: “*En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: (1) Las declaraciones de recepción o de conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*”. Aluden a la vinculación SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Comentario a la Disposición...”, *op. cit.*, pp. 1094 – 1095; CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 912.

<sup>804</sup> Son cláusulas del estilo de: “*El comprador reconoce haber recibido la mercancía*”, “*El cliente declara su conformidad con el producto*”, “*El cliente manifiesta que el producto le ha sido entregado en perfectas condiciones*”, “*El cliente manifiesta su plena conformidad con la reparación efectuada*” (DURANY PICH, S., “Comentario a la Disposición Adicional Primera”, I, seis, I, 1ª, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L.

casos la actuación está vinculada con la preconstitución de prueba alterando, por tanto, la carga de la misma que pasaría de corresponder al predisponente como deudor a ser una obligación del consumidor<sup>805</sup>.

En el segundo supuesto, además, el vendedor pretende liberarse de su responsabilidad por saneamiento por vicios ocultos recogida en los artículos 1.484 y siguientes Cc. En contratos entre empresarios el artículo 1.484 podría tener, quizás, un campo más restringido de aplicación protectora al comprador-adherente porque exonera de responsabilidad al vendedor no solo respecto de los vicios manifiestos o que estuvieran a la vista sino también respecto de los que no lo estén “*si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*”. No cabe duda de que el nivel de diligencia exigible a un profesional que actúa como tal debe ser más elevado que el que se requiere a un consumidor. Dicho esto, no nos parece que de esta afirmación se pueda derivar automáticamente que en los contratos mercantiles todos los defectos que no estén a la vista sean tratados como manifiestos por el mero hecho de que el comprador sea un profesional: al empresario – adherente, en este caso- no se le tienen que presuponer conocimientos técnicos cualificados en todos los ámbitos en los que contrata en relación con su negocio (imaginemos un empresario ajeno al mundo de las telecomunicaciones que contrata el alta de una línea telefónica o de un servicio de Internet o un empresario cuando contrata con una entidad bancaria).

En todo caso y en última instancia, la liberación que pretende el predisponente mediante esta cláusula de declaración de conformidad chocaría con el límite de responsabilidad por vicios ocultos cuando concurre mala fe del vendedor (artículo 1.485 II Cc), que tiene carácter imperativo por encima de la naturaleza del comprador y que será objeto de un estudio aparte<sup>806</sup>.

En el supuesto de que el **predisponente fuera el acreedor** y se reservara la facultad de determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato, quedaría en sus manos también el cumplimiento de la obligación puesto que podría decidir si la otra parte se libera o no. Este escenario atentaría contra el legítimo interés de todo deudor de liberarse

---

(dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1232 – 1233)

<sup>805</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 912, evidencia que el empresario “*busca preconstituir una prueba del cumplimiento de sus obligaciones a partir de afirmaciones falsas que el consumidor o usuario suscribe al aceptar las condiciones generales o, en general, las cláusulas no negociadas a las que se adhiere*”.

<sup>806</sup> Cfr. “*El artículo 1485.II del Código civil y la imposibilidad de limitar la responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe*” (Capítulo III, Parte primera, II. 3).

de su obligación mediante una prestación que cumpla con lo estipulado en el contrato<sup>807</sup>: la concreción de “*lo estipulado*” depende del acreedor.

Por último y en todo caso, otro argumento que supone un obstáculo igual de evidente que la interdicción de la arbitrariedad para la validez de este tipo de pactos es el de la obligatoriedad de las normas de interpretación en condiciones generales de la contratación. Al hilo del análisis de las cláusulas que reservan al predisponente facultades unilaterales de interpretación, hemos tenido ocasión de analizar el valor de estas normas como límite, dado su carácter imperativo. Serían aplicables a este supuesto los mismos razonamientos que se apuntaron en su momento. Al fin y al cabo, “determinar” la conformidad de los bienes con lo convenido en el contrato, no es sino realizar una doble labor hermenéutica: interpretación en cuanto a lo que las partes establecieron en el contrato e interpretación respecto de la identidad con el bien entregado o el servicio pactado. En definitiva, con la inclusión de una cláusula similar a la que nos ocupa, el predisponente antepondría sus criterios de interpretación a los imperativos de la Ley de condiciones generales de contratación recogidos en el artículo 6.

Hemos visto cómo las cláusulas que suponen la concesión al predisponente del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato pueden ser consideradas contrarias a la interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 1.256 Cc. Podrían presentar también problemas en lo que respecta al efecto de limitar el ejercicio de los derechos frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso y vulneran, así mismo, las reglas de interpretación de carácter imperativo para los contratos mediante condiciones generales. Si nos damos cuenta, llegamos a la misma conclusión de contravención del ordenamiento jurídico a través de argumentos aplicables fuera cual fuere la naturaleza del adherente, al margen de las normas de protección del consumidor. Tan solo haría falta establecer la conexión entre la norma y el supuesto de hecho concreto para articular la protección.

---

<sup>807</sup> En general, acerca del legítimo interés del deudor de verse liberado, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 72 y ss.; CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., “Notas para un concepto de la consignación”, *Cuaderno de Estudios Empresariales*, 1997, núm. 7, pp. 28; CANO HURTADO, M. D., *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 154 – 158.

#### 1.1.iv. Cláusulas que limiten los derechos por incumplimiento o cumplimiento defectuoso

Justo a continuación del estudio de las cláusulas mediante las que el predisponente pretende arrogarse facultades en relación con la conformidad de los bienes o servicios, incluimos una referencia a un grupo de hipótesis que tienen en común limitar los remedios frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Aunque en la legislación protectora de consumidores estas cláusulas se encuentran recogidas en el artículo 86 (cláusulas que son abusivas por limitar o privar al consumidor y usuario de los derechos básicos) y no en el artículo 85 (el directamente vinculado con la interdicción de la arbitrariedad), tal y como se dejó apuntado en el epígrafe anterior, existe una conexión entre ambas: una de las consecuencias de poder decidir sobre la idoneidad de la prestación es, precisamente, que no puedan entrar en juego los mecanismos de defensa del derecho de crédito lesionado. No en balde se ha dicho de uno de esos mecanismos, la acción resolutoria contenida en el artículo 1.124 Cc, que representa el aspecto operativo del principio del artículo 1.256, interpretado en su sentido *a sensu contrario*<sup>808</sup>. Además, consideramos que esta idea está implícita en otro supuesto directamente relacionado con la interdicción de la arbitrariedad, como es el de las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones (en la legislación de consumo, artículo 85.5).

En la normativa de consumo el legislador considera, en unos casos, abusivos sin discusión, en otros, presumiblemente abusivos, una serie de supuestos que están vinculados con los remedios de los que dispone el adherente ante un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del predisponente y a los que, de forma general, hace referencia el apartado primero del artículo 86 proscribiendo “*la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario*”.

En lo que a nosotros nos interesa, los derechos legales de todo acreedor frente a lesiones del crédito, con independencia de que tenga la cualidad de consumidor o no, son de diversa índole. Por una parte, ante un pago inexacto, el acreedor tiene la facultad de rechazarlo o admitirlo pero con reservas. El Código Civil recoge en el artículo 1.096 y siguientes la posibilidad de que el acreedor haga valer su derecho ejercitando una acción de

<sup>808</sup> SANTOS BRIZ, J., “Comentario al artículo 1.124”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, p. 212.

cumplimiento, ya sea *in natura*, ya sea, en su caso, por equivalente<sup>809</sup>, así como la obligación de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos (artículo 1.100 Cc)<sup>810</sup>. Por su lado, las obligaciones sinalagmáticas, por ser ambas partes a la vez deudoras y acreedoras, presentan peculiaridades respecto a los mecanismos de protección del acreedor. Así, la parte a la que se le está reclamando el cumplimiento de su prestación puede alegar para no cumplir la llamada *exceptio non adimpleti contractus* (o *exceptio non rite adimpleti contractus*) si la otra parte no ha cumplido con la suya (o no ha cumplido de manera adecuada, respectivamente)<sup>811</sup>. Además, el artículo 1.124 Cc contempla la posibilidad de que el acreedor pueda optar por ejercitar la acción de cumplimiento o bien, en determinados supuestos, la acción de resolución de la obligación<sup>812</sup>. Por último, la regulación de ciertos contratos, como el de compraventa, presenta acciones específicas, entre las que se pueden destacar las acciones derivadas del saneamiento de vicios ocultos de las cosas vendidas (acción redhibitoria, estimatoria o *quantum minoris* e indemnizatoria)<sup>813</sup>.

Estos derechos legales corresponden a todo acreedor con independencia de su naturaleza, esto es, ya sea consumidor o no, y están presentes, en general, en todo tipo de contratos. ¿Significa esto que la mención del legislador es redundante porque en todo caso son de aplicación los mecanismos de defensa antes expuestos? La respuesta, con salvedades<sup>814</sup>,

<sup>809</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 780 – 781.

<sup>810</sup> Siguiendo a *ibidem*, op. cit., pp. 771 y siguientes en cuanto a la defensa del derecho de crédito lesionado, además de los señalados alude a las medidas de tutela preventiva del crédito –entre las que se puede señalar el vencimiento anticipado del crédito (artículo 1.129 Cc) o la adopción de medidas cautelares para asegurar una tutela judicial (artículos 721 y ss. LEC)- y que van dirigidas a proteger al acreedor frente a una probable, aunque todavía no materializada, insatisfacción de su crédito (pp. 772 – 775, concretamente). Asimismo, este autor también denomina como “*vías de compensación de los acreedores*” la cesión legal al acreedor de todas las acciones que correspondieran al deudor contra terceros por la pérdida de la cosa (*commodum representationis*) y la reducción de la contraprestación (acción *quantum minoris*, respecto de los casos de compraventa en los que el comprador recibe la cosa con vicios ocultos, y que el artículo 9.401 PECL concibe como un remedio aplicable a todo tipo de contrato en el que una de las partes recibe una prestación defectuosa, pp. 794 – 799).

<sup>811</sup> Justifica este mecanismo DÍEZ-PICAZO (*ibidem*, pp. 803), en que “*cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya. A la inversa, ninguna de las partes puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria, sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia*”. También, vid. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 1054 y ss.

<sup>812</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 810 y ss.; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 1103 y ss.

<sup>813</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, IV, op. cit., pp. 135 y ss. Para una visión breve de la regulación de las prestaciones defectuosas en otros contratos distintos de la compraventa, vid. *ibidem*, op. cit., pp. 702 – 704, quien hace alusión no sólo al régimen de los defectos ocultos de las cosas vendidas sino también de las cosas arrendadas, de las construidas en el contrato de obra o respecto del cumplimiento defectuoso en los contratos de servicios o en las obligaciones de carácter restitutorio.

<sup>814</sup> CÁMARA AGUILA, M. P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.I.1ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 840, respecto a la mención de “*las normas legales sobre conformidad con el contrato de bienes o servicios*” contenida en el párrafo 2º del artículo 86.1 TR, afirma su carácter prescindible, no solo porque el primero



parece que debe ser negativa: las reglas sobre las medidas de protección del derecho de crédito contenidas en el Código Civil tienen, casi en su totalidad, carácter dispositivo. Esto permite que, en principio y salvando los contratos que recaen dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido, las partes puedan pactar sobre el alcance de los efectos derivados del incumplimiento, atenuándolos o haciéndolos más estrictos<sup>815</sup>. En contratación entre empresarios, por tanto, podría no haber ningún impedimento legal para ello, salvando el límite que representan las normas de Derecho imperativo.

Cobra una gran importancia, por consiguiente, el hecho de deslindar los preceptos que pueden operar como este límite a la autonomía de la voluntad. La acción de resolución contenida en el artículo 1.124 Cc (y al hilo de la misma, la excepción por contrato no cumplido) **(a)**, las acciones específicas del contrato de compraventa por vicios ocultos **(b)** así como la indemnización de daños y perjuicios de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil **(c)**, serán las cuestiones que nos ocupen en las sucesivas líneas.

#### **a) Acción de resolución**

Es mucha la literatura existente en torno al artículo 1.124 Cc y la acción de resolución. Como decíamos, este precepto recoge uno de los remedios del acreedor en los contratos en los que surgen obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, cuando se produce un incumplimiento de la otra. Su ubicación, dentro del apartado “*De las obligaciones puras y de las condicionales*” en lugar de en sede de incumplimiento, ha dado lugar a debates doctrinales acerca de su naturaleza o no de verdadera condición. Debates que hoy en día se encuentran de forma pacífica cerrados concluyendo que no se trata de una condición resolutoria *stricto sensu* sino de una facultad de resolver las obligaciones<sup>816</sup>.

---

párrafo del mencionado precepto ya comprenden las menciones más específicas del primero sino porque, en lo que nos interesa ahora, “*las reglas sobre conformidad de los productos con el contrato de compraventa de consumo son imperativas y no cabe excluir, en perjuicio del consumidor, los arts. 114 y ss. (ex art. 10 TRLGDCU), por lo que nada suma a la nulidad de las cláusulas que contravengan esos preceptos la sanción de nulidad por ser cláusulas abusivas*”.

<sup>815</sup> Incluso en los contratos con consumidores cabría algún tipo de pacto puesto que el primer párrafo del artículo 86.1 TR tipifica como abusiva una cláusula que limite o excluya los derechos legales del consumidor cuando esta limitación o exclusión sea “*de forma inadecuada*”. Volveremos sobre este matiz al hablar acerca de los contratos de adhesión entre profesionales.

<sup>816</sup> Se han puesto de manifiesto las diversas diferencias entre ambas figuras, como un distinto origen (legal frente al convencional) o una distinta forma de producirse los efectos (necesidad de opción por el remedio frente a efectos *ipso iure*). Delimitando la condición resolutoria en sentido estricto respecto del supuesto del artículo 1124, vide, DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981, pp. 91 – 92; MONTÉS PENADÉS, V., “Comentario al artículo 1124”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 1190 y ss.; Díez-PICAZO, L., Voz “Resolución”, en VVAA, *Enciclopedia*

La ubicación de este artículo y su contenido se entiende mejor a la vista de los antecedentes históricos de la figura de la resolución, antecedentes que serán de ayuda, asimismo, para los razonamientos posteriores acerca de su fundamento. Aunque de forma muy sucinta<sup>817</sup>, se puede decir que los autores están de acuerdo en que no se trata realmente de una institución de Derecho romano y que no es hasta el Derecho Canónico cuando surge la idea de que era en cierto modo contrario a la moral que la parte que no había actuado conforme a la palabra dada no tuviera sanción y que la otra parte tuviera que quedar obligada a lo prometido a pesar de ello. Sin perder de vista esta influencia así como la de las construcciones civilistas de la Edad Media<sup>818</sup>, son la doctrina y jurisprudencia francesas las que, tras una larga y lenta evolución, van abandonando las concepciones tradicionales romanas y afianzan y generalizan en el siglo XVII la idea de la existencia de una condición resolutoria sobreentendida en caso de incumplimiento de los contratos aunque no se hubiera pactado expresamente por las partes<sup>819</sup>. La Codificación francesa recogió esta doctrina que pasa a formar parte del artículo 1184 del Código civil de Napoléon, origen inmediato de nuestro artículo 1124 Cc. Así, la norma francesa es la influencia clara del artículo 1042 del Proyecto de Código civil de GARCÍA GOYENA, regulador de la figura de la resolución. Tanto es así, que el texto del artículo 1042<sup>820</sup> hacía referencia expresa a la idea de una condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales y así lo ratifica el jurista en su comentario: *“la condición resolutoria va implícita y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación”*. Se trata de una facultad que se concede a los tribunales por *“consideraciones de humanidad”*

---

*Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5892; *Fundamentos del Derecho*..., op. cit., p. 812; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3ª ed., Comares, Granada, 2003, pp. 77 y ss. También ponen de manifiesto la no naturaleza de auténtica condición CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*..., op. cit., p. 1103; CLEMENTE MEORO, M. E., “Comentario al artículo 1124”, en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., et al (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas, Navarra, 2011, p. 229.

<sup>817</sup> Para un análisis de los antecedentes históricos de la resolución, nos remitimos a MONTÉS PENADÉS, V., Comentario al artículo 1.124..., op. cit., pp. 1177 – 1181; Díez-PICAZO, L., Voz “Resolución”..., op. cit., p. 5891; *Fundamentos del Derecho*..., op. cit., pp. 810 – 211; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos*..., op. cit., pp. 1 y ss. Un estudio en profundidad y detallado del recorrido histórico de la institución desde su nacimiento lo encontramos en el último título citado así como, especialmente, en DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato*..., op. cit., pp. 31 y ss.

<sup>818</sup> Entre todos los nombres sobresale el de BARTOLO (s. XVI), por ser posiblemente *“el primero que abrió camino hacia una doctrina general de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes”* (DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato*..., op. cit., p. 73).

<sup>819</sup> En los estudios de los antecedentes históricos del precepto se señalan como figuras relevantes de esta evolución hasta la codificación napoleónica a DUMOULIN (s. XVI), DOMAT (s. XVII) y POTHIER (s. XVIII)

<sup>820</sup> Artículo 1042 del Proyecto de GARCÍA GOYENA: *“La condición resolutoria va siempre implícita en los contrato bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de que, habiendo elegido el primero, n fuere posible el cumplimiento de la obligación. El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”*.

y que no es contraria al principio *pacta sunt servanda* ya que se pide la resolución del contrato pero podía exigirse también su cumplimiento<sup>821</sup>. Será en el paso del Proyecto de 1851 al Código civil de 1889 cuando se produce el cambio de la “condición resolutoria implícita” a la más adecuada expresión “facultad resolutoria” que conocemos hoy en nuestro artículo 1124<sup>822</sup>.

Centrándonos en lo que respecta a su carácter dispositivo o no, MONTÉS<sup>823</sup>, en su día afirmó que el precepto

*“contiene una norma supletoria, que integra la voluntad declarada por las partes en la conclusión de un contrato bilateral y encuentra su aplicación precisamente a falta de una declaración de voluntad que excluya la resolución del contrato entre las consecuencias del incumplimiento”.*

Si la parte final de esta observación es importante porque se pronuncia directamente – admitiéndola- sobre la posibilidad de pacto en contra de la acción resolutoria, queremos aprovechar la parte inicial de lo señalado por este autor para incidir sobre un aspecto de la evolución de la doctrina y jurisprudencia respecto del artículo 1.124 Cc<sup>824</sup>, que nos parece de utilidad en el caso que nos ocupa por cuanto conecta el mecanismo de la resolución con un concepto más cercano a la idea de protección de una de las partes contratantes. Se trata

<sup>821</sup> GARCÍA GOYENA, F., “Comentario al artículo 1042”, en GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1832, p. 80.

<sup>822</sup> Destacan este cambio DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, op. cit., pp. 15 – 16, 91 (señalando que evitar utilizar la palabra “condición” y hablar de “facultad” representa un adelanto respecto al texto francés); ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos...*, op. cit., pp. 73 – 74; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, La Ley, Madrid, 1998, pp. 20 – 22; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 70 y ss.

En la Propuesta de Modernización de la Comisión de Codificación ya se desvincula la resolución de las obligaciones condicionales, tanto por su ubicación (en los remedios frente al incumplimiento) como por su redacción (art. 1199 PM: “*cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte*”) (vid. FENOY PICON, N., “La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fascículo IV, 2011, pp. 1547 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización de Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. IV, 2011, pp. 1685 – 1724)

<sup>823</sup> MONTÉS PENADÉS, V., Comentario al artículo 1.124..., op. cit., p. 1.197.

<sup>824</sup> Un aspecto entre otros (vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 812 – 813) pues, como apunta PALAZÓN GARRIDO, M. L., “El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 424, ha sido una “revolución” la que ha experimentado la aplicación de este artículo desde sus orígenes hasta la actualidad.

de la transición desde una visión subjetiva de la acción resolutoria hacia una perspectiva objetiva de la misma. Efectivamente, y como sabemos por el propio desarrollo histórico de la figura, se parte inicialmente de una visión subjetiva y voluntarista de la acción resolutoria pues estaba asentada sobre la presunta voluntad de las partes y una interpretación literal del texto legal (“*se entiende implícita en las relaciones*”, reza el Código civil). Pero, como señala DÍEZ-PICAZO, entre otros<sup>825</sup>, se produce una evolución que supera tales planteamientos, moviendo esta facultad hacia un terreno más objetivo, “*en el que el remedio resolutorio funciona como una consecuencia de la aplicación de normas de Derecho objetivo, con independencia de la real o hipotética voluntad de los interesados*”<sup>826</sup>.

Acaso podría decirse que la primera postura era más fácilmente conectable con la posibilidad de modificación convencional del régimen establecido en la Ley, en la medida en que se afirmaba que el fundamento de la resolución provenía de una voluntad implícita de los contratantes en ese sentido. En cambio, en la actualidad, al pretender elevarla a una categoría objetiva que responde a una necesidad de protección y defensa de la parte perjudicada<sup>827</sup> y que, como se ha apuntado, “*funciona como una consecuencia de la aplicación de normas de Derecho objetivo*” sin tener en cuenta la voluntad de las partes, pareciera que esta voluntad tiene un menor campo de acción para influir en lo dispuesto por el artículo 1.124 Cc.

Esto no ha sido óbice, en todo caso, para que la doctrina haya subrayado de forma abierta el carácter dispositivo del precepto. ÁLVAREZ VIGARAY entiende como posible una regulación expresa por las partes que difiera de la contenida en el artículo 1.124, pactando “*su agravación, mediante el pacto comisorio expreso o lex commissoria y el término esencial o pueden excluirlo renunciando preventivamente a la resolución por*

---

<sup>825</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Voz “Resolución”..., op. cit., pp. 5891 – 5892; *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 812 – 813. En idénticos términos se había manifestado DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, op. cit., pp. 91 – 92 (“[...] ésta no deja de ser una ficción jurídica con la cual, bajo el disfraz de la voluntad de los contratantes, fue en la realidad introducida en el ordenamiento una nueva regla de derecho objetivo, siendo la posibilidad de resolución una consecuencia del incumplimiento prevista por la ley en los contratos bilaterales”); CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Derecho español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 266 – 268; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos...*, op. cit., pp. 94 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato...*, op. cit., pp. 70 y ss.

<sup>826</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Voz “Resolución”..., op. cit., pp. 5892; *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 813.

<sup>827</sup> Afirmando este carácter preventivo –que no sancionador– de la resolución, *Ibidem*, op. cit., p. 5892; pp. 814 – 815. El autor –partiendo de que la resolución no va ligada necesariamente a la idea de culpabilidad del deudor–, concibe a este remedio como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria y no como una medida de sanción del incumplimiento. Volveremos sobre ello al hilo de las teorías acerca del fundamento de la resolución.

*incumplimiento excepto para las hipótesis de incumplimiento causado por dolo*”<sup>828</sup> (en el mismo sentido se manifiestan BERCOVITZ ÁLVAREZ<sup>829</sup> y CLEMENTE MEORO<sup>830</sup>). CARRASCO, por su parte, lo define como un derecho configurable por acuerdo y renunciante anticipadamente, salvo en contratos con consumidores<sup>831</sup>.

Hasta aquí se ha razonado sobre la base de un contrato negociado. Pero nos parece que los esquemas sobre los que se tiene que argumentar al hilo de la acción de resolución deben cambiar si nos encontramos ante un contrato de adhesión. La postura actual que resta peso a la voluntad de las partes en el fundamento del artículo 1.124 Cc y que lo apoya, sin embargo, en una idea de medio de protección y defensa, enlaza perfectamente con esa misma necesidad cualificada de tutela que merece un contratante adherente que se encontrara ante un incumplimiento del predisponente y ante una cláusula en la que se limite o excluya el derecho a ejercitar este remedio. Es más, incluso aun siguiendo a la doctrina más antigua y ya superada que daba importancia a la voluntad implícita de las partes como razón sobre la que se asienta la facultad de resolución, este argumento perdería parte de su virtualidad en tanto en cuanto nos movemos en un ámbito —el de las condiciones generales de la contratación— en el que la participación de la voluntad del adherente en la determinación del contenido del contrato está ausente. Por lo tanto, ya sea por la imposibilidad de acudir a la autonomía de la voluntad de las partes con todas sus consecuencias, ya sea por la vía actual de un planteamiento objetivo y centrado en la función de protección, no nos parece infundada la idea de un funcionamiento del artículo 1.124 Cc como un derecho en cierta medida indisponible, cuando se trata de un ámbito caracterizado por un déficit de autonomía de la voluntad.

Entender el fundamento de la institución resolutoria pensamos que ayuda a ver con mayor claridad este punto. Muchas son las teorías que se han aportado para intentar explicar la *ratio* de la norma<sup>832</sup>. Ya hemos visto —y descartado— la que explica la resolución como una

<sup>828</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, “Comentario al artículo 1124”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 97. De forma más amplia en *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., pp. 119 y ss. El autor cita algunas opiniones antiguas de la doctrina francesa (POTHIER, PLANIOL, RIPERT) que consideraban que una renuncia general a la resolución podía constituir una vulneración del orden público (pp. 119 – 121).

<sup>829</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Comentario a los artículos 1113 a 1124”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1336.

<sup>830</sup> Recientemente en CLEMENTE MEORO, M. E., “Comentario al artículo 1124...”, op. cit., p. 229.

<sup>831</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 1103.

<sup>832</sup> Encontramos una lista de las distintas teorías y un desarrollo, en mayor o menor medida, de las mismas y de sus críticas en DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato...*, op. cit., pp. 131 y ss.; MONTÉS PENADÉS, V., “Comentario al artículo 1124...”, op. cit., pp. 1181 y ss.; CLEMENTE MEORO, M. E., *La*

condición resolutoria. También ha recibido sus críticas la teoría que justifica la resolución en la desaparición de la causa recíproca –si cada obligación es causa jurídica de la otra, al producirse el incumplimiento el contrato deja de tener causa- pues, entre otros problemas, la causa es un requisito de formación del contrato y la resolución opera respecto de un negocio que es válido. Con argumentos similares se ha criticado otra teoría que deriva de ésta y que ve el fundamento de la resolución en la desaparición del sinalagma funcional (diferenciado del genético, que se refiere al momento de formar el negocio). Tampoco acaban de encajar la llamada teoría de la sanción y la de la reparación en tanto en cuanto que, respectivamente, no siempre la resolución se produce como consecuencia de un incumplimiento culpable que deba ser sancionado ni, por otra parte, se debe confundir la extinción del vínculo jurídico con la indemnización de los daños y perjuicios causados, en su caso. Asimismo, se ha cuestionado que el principio general de la equidad, siguiendo la teoría que lleva su nombre, pueda explicar todos los aspectos de la institución resolutoria.

Sin perjuicio de las teorías, a nuestro juicio hay dos ideas claves que justifican la resolución: el funcionamiento interconectado de las obligaciones que surgen de manera recíproca con el nacimiento del contrato y la falta de equidad de la consiguiente situación de desequilibrio en la que queda el contratante que se ve vinculado a un negocio jurídico a pesar del incumplimiento de la contraparte. Si al acreedor no se le permitiera la liberación ante la frustración de la finalidad del contrato, éste solo tendría la opción de reclamar el cumplimiento al deudor, cumplimiento que en muchos casos no se produciría, siendo así previsibles perjuicios para el acreedor y una invariable situación de frustración.

Como apunta CLEMENTE MEORO<sup>833</sup>, la cuestión está en que la *exceptio non adimpleti contractus*, característica de los contratos sinalagmáticos, no es remedio suficiente: si el acreedor no ha cumplido con su obligación todavía, dado que ninguna de las partes está obligada a cumplir mientras la otra no cumpla, se produciría una situación de vínculo permanente sin sentido; si, por el contrario, ya ha cumplido, acudir a la excepción carece de utilidad.

La resolución cumple, así, una función de protección y defensa de la parte cumplidora o que está dispuesta a cumplir en el sentido de que le otorga la facultad de liberarse del

---

resolución de los contratos..., op. cit., pp. 266 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos...*, op. cit., pp. 95 y ss.

<sup>833</sup> CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos...*, op. cit., p. 298.

vínculo jurídico y poder recuperar la prestación ya realizada, en su caso<sup>834</sup>. No son de extrañar, por ello, las vinculaciones de la figura con la equidad, el equilibrio<sup>835</sup>, la justicia contractual<sup>836</sup> o la humanidad<sup>837</sup>.

Esta relación de la resolución con la propia interdependencia de las obligaciones y con la idea de equidad y equilibrio, permitiría reforzar el argumento en contra de su naturaleza eminentemente dispositiva en contratos mediante condiciones generales. Se trata de privar a la parte, que ya por la propia configuración del contrato es la parte débil, de un mecanismo básico de defensa frente a posibles incumplimientos del predisponente, que le dejaría en la situación de seguir vinculado sin sentido –para él- al negocio. Sobre todo porque, aunque no lo hemos mencionado y nos parece relevante traerlo aquí a colación, el artículo 1124 Cc no está pensando en incumplimientos de poca entidad sino que uno de los presupuestos es, precisamente, que se trate de un incumplimiento grave. Parece que la eliminación o restricción de un derecho como este, que está tan vinculado con la propia configuración de la relación obligatoria, podría ser tildado de abusivo o exigiría, en el mejor de los casos, que existiera una justificación objetiva y suficiente (si es que puede haber alguna que explique la privación de una facultad como la resolución por un incumplimiento grave). En caso contrario, quedaría el adherente en manos del predisponente al estar vinculado permanentemente a un negocio del que no puede desligarse a pesar de haberse frustrado la finalidad por la que se contrató ni, en su caso, obtener la restitución de su prestación que acabaría, así, en el patrimonio del deudor.

Esta idea de protección es la que debió tener el legislador cuando catalogó de forma expresa en la lista de cláusulas abusivas en contratación con consumidores la “*limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por*

---

<sup>834</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Voz “Resolución”..., op. cit., p. 5892; *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 815; MONTÉS PENADÉS, V., “Comentario al artículo 1124...”, op. cit., p. 1188; CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos...*, op. cit., pp. 298 – 299.

Señala MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Navarra, 2006, p. 43, que la función económica de la resolución es “*permitir al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino*” (hace el autor una afirmación en el mismo sentido también en MORALES MORENO, A. M., “Prólogo”, en SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 21).

<sup>835</sup> JORDANO BAREA, J. B., “Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita”, *Anuario de Derecho civil*, fascículo I, enero – marzo, 1951, p. 308, quien entiende que la facultad de resolución está justificada “*por la idea de equidad y cuya función es mantener el equilibrio económico a favor de la parte fiel y cumplidora, perjudicada por el no cumplimiento de la parte contraria*”.

<sup>836</sup> Para RIPERT, “La règle morale...”, op. cit., p. 141, el derecho de resolución ante el incumplimiento es la consagración legal de la idea de justicia contractual.

<sup>837</sup> El ya citado GARCÍA GOYENA, F., “Comentario al artículo 1042...”, op. cit., p. 80.

*incumplimiento del empresario*”. Si nos damos cuenta, la norma es ciertamente restrictiva: formaría parte de lo que se ha venido en denominar “lista negra” de cláusulas –abusiva sin necesidad de una valoración caso por caso- y, además, no contempla la reciprocidad en la limitación como un atenuante, esto es, prohíbe la restricción de la facultad de resolución al consumidor aún en el caso de que una cláusula con idéntico contenido/restricción fuera de aplicación al empresario<sup>838</sup>.

Pero no solo en legislación de consumo se proscribe la exclusión de este remedio sino que también la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, dedica uno de los nueve supuestos que expresamente tacha de abusivos a la acción de resolución. De este modo, el artículo 1.262.3.d) considera nula aquellas cláusulas o condiciones que “*priven al adherente de la excepción de incumplimiento o de la resolución por incumplimiento*”. Como vemos, tampoco aquí se contempla excepción alguna: es irrelevante que la parte predisponente también se vea afectada por la restricción; el legislador ha querido asegurarse de que no hubiera ninguna justificación que diera por buena una cláusula con este contenido<sup>839</sup>.

A nuestro entender, podría considerarse como contraria al art. 1256 Cc -y, con ello, ineficaz- una cláusula que, en un contrato predispuesto entre empresarios, eliminara la facultad del adherente de resolver el negocio jurídico ante un incumplimiento grave del predisponente: el adherente, parte débil de la relación y que no ha tenido oportunidad de

---

<sup>838</sup> En otros supuestos, como el recogido en el artículo 85.4, sí que se tiene en cuenta para valorar la abusividad de la cláusula el hecho de que ambas partes, empresario y consumidor, o solo el primero, ostentaran la facultad de resolver anticipadamente un contrato de duración determinada (no exenta la equiparación, en cualquier caso, de críticas).

<sup>839</sup> Conjuntamente con la acción resolutoria, se regula en el artículo 1.262 de la Propuesta la excepción por contrato incumplido, otra de las consecuencias del carácter sinalagmático de una obligación cuyo fundamento podría encontrarse, entre otros, en el propio artículo 1.124 Cc o en la mención final del artículo 1.100 Cc (“*desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro*”) y que, a diferencia de la anterior norma, no se ha positivizado en el Código civil aunque es ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país. Este reconocimiento del remedio ha hecho que también se incluyera en el texto de la Propuesta para la Modernización en el artículo 1.191, que dispone que “*en las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de la suspensión contraria a la buena fe atendiendo al alcance del incumplimiento*”. En la normativa protectora de consumidores sí que la ha querido incluir expresamente el legislador, en dos grupos de cláusulas distintos: las que presentan problemas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (artículo 85.5) y las que suponen una falta de reciprocidad (artículo 87.1). Tanto el primer artículo (“*vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones*”) como el segundo (“*imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos*”), no hacen sino describir dos supuestos en los que se estaría prohibiendo a una de las partes, en una relación sinalagmática, oponer la excepción de contrato no cumplido.



participar en la determinación del contenido de la cláusula –de la que puede ni tener conocimiento, de hecho, por la dinámica de formación del contrato–, se ve privado de un mecanismo íntimamente vinculado con la interconexión en el funcionamiento de las obligaciones recíprocas. Por otro lado, una cláusula que, sin privar en su totalidad de la facultad de resolución al adherente, la limite o restrinja significativamente, sería una clara candidata a ser considerada contraria a la buena fe, en virtud del control de contenido con apoyo en el art. 1258 Cc que defendemos en el último Capítulo del trabajo para los contratos no negociados entre empresarios, cuando el adherente es un sujeto necesitado de protección.

#### **b) Saneamiento por vicios ocultos**

De un remedio general para todo tipo de contratos, pasamos a otro previsto solo para un contrato, el de compraventa<sup>840</sup>. Nos referimos a la obligación del vendedor de sanear por los defectos ocultos que tuvieran las cosas vendidas y que las hacen impropias para el uso para el que se las destina o lo disminuyen de tal modo que, de haberlo conocido el comprador, no las habría adquirido o habría pagado menos precio por ellas (artículo 1.484 Cc). La justificación para una referencia a este remedio específico es que su regulación contiene una norma de Derecho imperativo que, como tal, será objeto de análisis en este apartado dedicado a la la Ley como límite a la autonomía de la voluntad (concretamente, Segunda parte. Capítulo III. I. 3). Sin perjuicio de que nos remitamos a lo allí expuesto acerca del artículo 1.485, 2º párrafo Cc, adelantamos, siquiera de modo sucinto, la obligación del vendedor de mala fe de responder por los vicios ocultos con independencia de lo que hayan podido estipular las partes<sup>841</sup>.

#### **c) Indemnización por daños y perjuicios. Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad**

Por último, nos detenemos en el tercer mecanismo frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso que apuntábamos al inicio: la indemnización por daños y perjuicios. Como paso previo a profundizar en esta medida de protección del derecho de crédito, nos parece pertinente realizar un par de precisiones. Por una parte, y aunque sea un apunte obvio, conviene delimitar este supuesto de responsabilidad por incumplimiento o

---

<sup>840</sup> El artículo 1.553 Cc extiende al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento previstas para el contrato de compraventa.

<sup>841</sup> A lo que se suma otra norma imperativa, la contenida en el artículo 1.476 Cc, respecto del saneamiento por evicción.

cumplimiento defectuoso respecto de la responsabilidad en el cumplimiento del contrato por los daños, muerte o lesiones causadas por una acción u omisión de una de las partes<sup>842</sup>. La idea que permite deslindar un supuesto de otro es la distinción entre indemnizar el interés en el cumplimiento del contrato (primer caso) e indemnizar el interés en no sufrir daños en el resto de los bienes, personales y patrimoniales<sup>843</sup>. Las cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad en esos supuestos son nulas por abusivas en contratación con consumidores<sup>844</sup> pero esta nulidad se puede hacer extensible al resto de contratos –también, por tanto, contratos mercantiles mediante condiciones generales- por constituir la elusión de reparación integral una clara vulneración del orden público y de la moral<sup>845</sup>.

El segundo matiz que nos parece importante aclarar, siquiera sucintamente, es de carácter terminológico y está relacionado con el ámbito que abarcan las cláusulas exoneradoras o limitadoras de la responsabilidad. Aunque en un sentido amplio, el deudor es “responsable” de cara a las consecuencias que puedan derivar de un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso –de ahí que el acreedor tenga en su mano, según las circunstancias, el ejercicio de diversas acciones tendentes a defender su derecho-, cuando nos referimos en este apartado a cláusulas que limitan total o parcialmente la responsabilidad, estamos cercando el ámbito a lo que sería la responsabilidad en sentido estricto, esto es, la indemnización por

---

<sup>842</sup> En el Texto Refundido de consumo, aparece recogido en el artículo 86.2, de forma diferenciada al citado en primer lugar, que tiene su ubicación en el primer apartado del artículo 86.

<sup>843</sup> Idea apuntada por MORALES MORENO, A. M., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 10ª”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 1154 y repetida en CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar...”, op. cit., p. 858; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario a los artículos...”, op. cit., p. 1074. Estos segundos deberes, aquellos que se ponen de manifiesto junto con el deber de prestación principal pero con un contenido autónomo respecto de él, se han denominado deberes de protección. Véase, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000; Introducción al estudio de los deberes de protección en el Derecho de obligaciones, en VVAA, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, p. 175. Es un deber distinto al deber general de cautela: “Se trata de deberes derivados de una relación obligatoria”, señala el autor, “que se imponen recíprocamente a sus partes, para que de su desarrollo o cumplimiento no resulte daño en la esfera personal o patrimonial de la contraparte” (en *ibidem*, op. cit., p. 181).

<sup>844</sup> Además, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto recogido en el artículo 86.1 TR, en el que para los casos del primer párrafo se atribuye la nulidad cuando se trata de una limitación “de forma inadecuada”, en este caso, tal es la importancia de asegurar que no se evite esta responsabilidad que se configura como una cláusula “negra”, esto es, nula en todo caso sin necesidad de realizar ningún tipo de apreciación.

<sup>845</sup> Acerca de esta relación con el orden público, vide JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., p. 654; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit. p. 181; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 131 – 133; SALELLES CLIMENT, J. R., *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*, Real Colegio de España, Bolonia, 2007, pp. 251 y ss., 282 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1074; CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar...”, op. cit., p. 857

daños y perjuicios. Así lo ha entendido una parte de la doctrina. ALVAREZ LATA<sup>846</sup>, de forma expresa, aboga por la postura al afirmar que *“estos pactos no implican la absoluta desprotección del acreedor sino que determinan la exclusión de la responsabilidad contractual entendida en sentido estricto, como remedio indemnizatorio de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación”*.

Obviamente, esto no impide que la partes puedan pactar por medio de una cláusula una limitación o exoneración de alguno de los otros remedios –si está dentro de los límites permitidos- pero, en el caso de que no se explicita nada, que se hable simplemente de que la “responsabilidad” del deudor queda “limitada”, entenderemos que esa limitación afecta únicamente a este mecanismo, dejando intactos el resto. En todo caso, y dejando a un lado posturas doctrinales, nos parece que la conclusión no podría ser otra: en el caso de tener que interpretar el contenido de una cláusula de este tipo, la regla de interpretación más favorable al adherente –acreedor- impone entender restrictivamente la limitación de responsabilidad, esto es, solo en lo referente a la indemnización. En caso de duda, pues, deberá restringirse lo más posible el ámbito de esta norma y entender que solo afecta a ese remedio.

La doctrina ha llevado a cabo numerosas clasificaciones de cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad del deudor. En una sencilla primera aproximación, podemos distinguir entre aquellas cláusulas que suponen una agravación de la responsabilidad y, por tanto, un refuerzo para el derecho de crédito, y aquellas que, por el contrario, suponen un debilitamiento de la posición del acreedor por introducir una limitación de responsabilidad<sup>847</sup>. La modificación puede afectar a diversas variables, como el *quantum* indemnizatorio, el nivel de diligencia o los supuestos en los que se responde pero también a elementos que, sin formar parte directamente del aspecto sustantivo de la responsabilidad,

---

<sup>846</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1998, pp. 406 – 408. La autora fija la validez de estas cláusulas en los arts. 1101 y siguientes del Código civil, que regulan la responsabilidad contractual en sentido estricto, de tal forma que *“si el punto de partida (el fundamento de la validez de las cláusulas) está restringido a la indemnización de daños y perjuicios, el punto de llegada (los efectos de las cláusulas) también han de estarlo”*. Indirectamente, esta idea también se puede deducir de las palabras de PANTALEÓN, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 1044, cuando advierte que *“en nuestro Derecho, nada nos obliga a englobar bajo las palabras “responsabilidad contractual” todos los medios de tutela del acreedor ante una lesión del derecho de crédito por parte del deudor”*. Es un remedio claramente independizado del resto el que se engloba en el concepto de “responsabilidad contractual”, tal y como se desprende de la definición que el mismo autor aporta de esta voz: *“Responsabilidad contractual. I. Concepto.- Es uno de los remedios –junto a la pretensión de cumplimiento [...], la resolución por incumplimiento [...] y la atribución del commodum representationis [...]– con los que cuenta el acreedor frente al incumplimiento del deudor”* (PANTALEÓN PRIETO, F., Voz “Responsabilidad contractual” (Dº Civil), VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5922).

<sup>847</sup> A partir de ahora, al referirnos a cláusulas limitadoras de responsabilidad y salvo que se especifique lo contrario, se entenderán englobadas las cláusulas limitadoras y las exoneradoras.

pueden influir para su determinación, como cláusulas que alteran los plazos de reclamación, la carga de la prueba, formalismos, etc<sup>848</sup>. Las cláusulas que agravan la responsabilidad del deudor, cuando lo son respecto de la cuantía de la indemnización, están íntimamente vinculadas con una figura a tratar en este trabajo, la cláusula penal -en lo que a nosotros nos interesa como límite a la autonomía de la voluntad, analizada al hilo del artículo 1.154 Cc-<sup>849</sup>. En todo caso, y a pesar de los innegables beneficios de la inclusión de cláusulas de

<sup>848</sup> Respecto de tipología de cláusulas modificativas de la responsabilidad, vide ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit. pp. 25 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas...*, op. cit., pp. 102 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 753 y ss.; PINTO MONTEIRO, A., *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 103 y ss.; SALELLES CLIMENT, J. R., *Exclusión y limitación de responsabilidad...*, op. cit., pp. 56 y ss., 61 y ss.

<sup>849</sup> Cfr. *Infra*. Segunda parte. Capítulo III. I. 6. Acerca de la proximidad de los efectos entre las cláusulas penales y las modificativas de responsabilidad, vide GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 115 – 121; JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 624 – 632; DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1103”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º, Edersa, Madrid, pp. 565 y ss.; DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 184 – 186; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 51 – 55; PINTO MONTEIRO, A., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 145 y ss.; SALELLES CLIMENT, J. R., *Exclusión y limitación...*, op. cit., pp. 82 y ss.

No solo con las cláusulas penales pueden presentar similitudes: también ha sido objeto de estudio la delimitación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad respecto de otras figuras próximas entre las que destacamos las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato, cláusulas con las que presentan diferencias formales. Al respecto, por todos, GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 94 - 107; JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 632 – 644; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 48 – 51. En todo caso, para una bibliografía y una explicación más completa, nos remitimos al análisis de la Ley del Contrato de seguro en el primer capítulo (Primera parte. Capítulo III. IV. 1). Todos los autores ponen de manifiesto la proximidad de los efectos de ambos tipos de cláusulas, lo que puede llevar a que, a pesar de que los requisitos para la validez de unas y otras difieran –son más estrictos para las cláusulas limitativas que para las delimitadoras del objeto del contrato, respecto de las que las partes tienen una mayor autonomía-, haya que tener precauciones con las que delimitan el contenido para evitar su uso como subterfugio frente a los límites formales y materiales más exigentes de las cláusulas que limitan la responsabilidad. Así mismo, la jurisprudencia se ha hecho eco de la diferencia entre ambos tipos de pactos. A añadir a las sentencias citadas en el apartado específico de la Ley del Contrato de seguro, se pueden señalar otras dos resoluciones para ilustrar los dos ejemplos. Considera el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 2012 [RJ\2012\3404] que “*delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad concretar el riesgo, esto es, el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla, determinando pues, qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, tratándose de cláusulas susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado, mientras que limitativas de derechos son las que [...] operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, las cuales [...] están sujetas, en orden a su validez y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, a los requisitos de (a) ser destacadas de modo especial y (b) ser especialmente aceptadas por escrito*”. En este supuesto, el órgano jurisdiccional considera que la cláusula controvertida contenida en un contrato de seguro entre la entidad aseguradora y un restaurante es una cláusula limitativa de derechos y no delimitadora del riesgo. La póliza no concreta las instalaciones objeto de cobertura siendo el interés asegurado la actividad en general del restaurante, aunque, a todos los efectos, ésta se desarrolla de forma principal en la carpa siniestrada, con lo que se debe entender que es ésta el objeto de aseguramiento. Es razonable pensar que la nota incluida de forma enmascarada al hilo de otra cuestión que nada tiene que ver con la carpa y que deja fuera, no determinados riesgos sino los recaídos sobre la misma, no constituye una especificación del riesgo en relación con un elemento concreto sino una limitación del derecho del asegurado a ser indemnizado por consecuencia del acaecimiento del siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. En cualquier caso, el Tribunal entiende que, tanto si fuera cláusula delimitadora como limitativa, no podría tener efecto pues considera probada la ausencia de conocimiento de la misma por el asegurado. Por

modificación de la responsabilidad en determinados tipos de contratos, los recelos que puede levantar su utilización, más cuando se trata de condiciones generales, hace que sea interesante detenernos en el régimen contenido en los artículos 1.101 y siguientes del Código civil y su relación con la autonomía de la voluntad.

Este último precepto mencionado constituye una norma general de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación, aunque mezcla desordenadamente los conceptos de “dolo”, “negligencia”, “morosidad” y “cualquier tipo de incumplimiento”, esto es, por una parte, criterios de imputación y, por otra, formas de incumplimiento<sup>850</sup>. No es controvertido, en cualquier caso, que se trata de un remedio caracterizado por la necesidad de imputación subjetiva del deudor respecto del daño causado al acreedor.

Una cuestión en la que no existe unanimidad en la doctrina y que solo dejamos aquí apuntada sin mayores pretensiones, pues no nos afecta por estar referida al resto de remedios, es si en éstos es necesaria la concurrencia de culpa para su funcionamiento. Negando esta postura, CARRASCO<sup>851</sup> señala como principal diferencia entre la acción de cumplimiento y la indemnización del daño el matiz de que la primera está basada en el hecho objetivo del incumplimiento del deudor, con independencia de que éste sea o no responsable del daño. PANTALEÓN<sup>852</sup>, en la misma línea, afirma que tanto el daño derivado del incumplimiento como su imputación subjetiva al deudor son irrelevantes para que proceda la pretensión de

---

el contrario, un ejemplo de cláusula considerada delimitadora del riesgo asegurado es la que tiene por objeto la STS de 13 de marzo de 2008 [RJ\2008\4349] en un contrato de seguro de responsabilidad civil por explotación de una industria de celulosa, con la cobertura de la responsabilidad civil por daños materiales causados por trabajos fuera del recinto. Tras una negligencia de un trabajador de la empresa encargada de las labores de mantenimiento de la maquinaria y la consiguiente reclamación a la aseguradora de los daños por la paralización de producción de papel, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida en casación y deniega la indemnización por entender que el objeto del seguro es la responsabilidad civil extracontractual mientras que los daños se han producido en el curso de una actuación contractual. Se afirma que las cláusulas que fijan la exclusión de la responsabilidad contractual como objeto de cobertura no pueden considerarse limitativas (las cuales “*deben ser destacadas y aceptadas especialmente por el asegurado*”) sino delimitadoras (“*respecto de las cuales basta que concurran los requisitos generales de transparencia y firma del asegurado*”), ya que: tienen por objeto la determinación del objeto del seguro; aparecen como un desarrollo que no incurre en incoherencia con los conceptos habituales que presiden las condiciones particulares, de “*responsabilidad civil de explotación*”, “*daños materiales por trabajos fuera del recinto*” y “*responsabilidad civil patronal*” que integran el supuesto básico de cobertura, cifrado en la “*responsabilidad civil*”, por lo que no tienen un carácter sorpresivo para el asegurado; al delimitar los conceptos de la cobertura en las condiciones particulares se hace referencia expresa a cláusulas que excluyen específicamente el supuesto de hecho acaecido; refuerza esta posición el hecho de tomar en cuenta la prima satisfecha como elemento interpretativo en relación con el alcance de la cobertura y el equilibrio en la economía del contrato.

<sup>850</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 713. Criticando la redacción y contenido del artículo 1101 Cc., ver, además, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1101”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 379 – 382.

<sup>851</sup> CARRASCO PERERA, A., “Comentario...”, op. cit., p. 397. Respecto de la resolución, *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 1116 – 1117.

<sup>852</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad...”, op. cit., pp. 1046 – 1048.

cumplimiento y la resolución, mientras que DÍEZ-PICAZO<sup>853</sup>, por su parte, argumenta que *“una cosa es que la responsabilidad del deudor pueda fundarse en la culpa y en el dolo y otra bien distinta es que el deudor quede liberado de la obligación mediante la prueba de haber empleado la diligencia necesaria. Si así fuera, la obligación tendría que quedar reducida, como algunos autores han señalado, a un puro “deber de esfuerzo”, lo que contradice palmariamente nuestro ordenamiento jurídico”*.

Frente a esta tesis podemos situar a BADOSA<sup>854</sup>, para quien, no basta el incumplimiento material que se precisa la existencia de dolo o culpa del deudor, tanto en el caso de la obligación de indemnizar como respecto de la ejecución forzosa. También para GÓMEZ POMAR<sup>855</sup>, aunque matizando la postura del anterior autor, *“el cumplimiento en forma específica es un remedio relativo al incumplimiento y como tal no puede prescindir de un juicio de imputación sobre la conducta o situación del incumplidor”*.

Dejando a un lado esta polémica –al fin y al cabo lo que no se discute, repetimos, es que es necesario que las consecuencias del incumplimiento se puedan atribuir al deudor, bien por culpa, bien por dolo, en el caso que nos ocupa–, nos centramos en el aspecto que cobra un carácter vital para este trabajo: la naturaleza disponible o no del régimen legal de este remedio.

Como punto de partida de esta cuestión hay que señalar el carácter imperativo del artículo 1.102 Cc, analizado en un apartado independiente como uno de los supuestos claramente subsumibles en el artículo 1.255 Cc, en su condición de límite de la autonomía privada. El precepto señalado recoge la prohibición de pacto respecto de la responsabilidad derivada de dolo, que es exigible en todas las obligaciones. Tal y como se analiza en el epígrafe correspondiente al artículo 1.102 Cc<sup>856</sup>, infringir el límite que representa el dolo equivaldría a dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, lo que, por otra parte, está prohibido por el artículo 1.256 Cc. Esta prohibición de pacto alrededor de la responsabilidad por dolo se completa con el artículo 1107 Código civil y su previsión acerca de los daños por los que responderá el deudor doloso que, a diferencia del de buena fe –léase, culposo–, serán todos aquellos que se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación y no solo los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la

<sup>853</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 714.

<sup>854</sup> BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 236: *“Creemos que la fundamentación subjetiva de los artículos 1101, 1102, 1103 y 1104 es igualmente aplicable a la ejecución forzosa”*.

<sup>855</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, julio 2007, pp. 9 – 10.

<sup>856</sup> *Cfr. Infra*, Segunda parte. Capítulo III. I. 2.

obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento<sup>857</sup>. El dolo - extendiendo los mismos efectos para el caso de la culpa grave<sup>858</sup> -, supone, así, una barrera infranqueable para las cláusulas de limitación de responsabilidad.

Ahora bien, esto no es obstáculo para que las partes puedan, respetando este límite, pactar una modificación de su obligación de indemnizar daños y perjuicios en el resto de los casos, es decir, en los supuestos de culpa (no grave), por oposición al dolo y su extensión a la culpa grave. Así parece desprenderse del artículo 1.103 Cc, que señala como igualmente exigible en toda clase de obligaciones la responsabilidad que proceda de negligencia. Interpretado conjuntamente con el 1.102 y en contraposición a éste, no declara expresamente nula la renuncia de la acción por culpa (no grave), lo que se ha visto como una señal de la validez de este tipo de cláusulas. A esto se suma el hecho de que el mismo artículo faculta a los Tribunales para que moderen la responsabilidad –léase *quantum* indemnizatorio- según las circunstancias<sup>859</sup>. El siguiente artículo, el 1.104 Cc, también apoya el argumento de la disponibilidad del régimen puesto que determina el estándar de diligencia media exigible –“la que correspondería a un buen padre de familia” reza el precepto- pero aplicable “cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento”. Se admite, por consiguiente, un pacto entre las partes que module el nivel de diligencia. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que ese modelo general del buen padre de familia al que se refiere por defecto el artículo 1104 se trata de un patrón universal que adquiere su verdadero contenido cuando se concreta con las circunstancias de cada

<sup>857</sup> Aunque señala LLAMAS POMBO, E., “Comentario al artículo 1107”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1220, que en la práctica los tribunales no distinguen entre uno y otro supuesto ya que por los daños que “conocidamente” se deriven del incumplimiento también tienen que ser al final “consecuencia necesaria” del incumplimiento.

Realizando un análisis económico extenso de la limitación de responsabilidad que supone el artículo 1107.I: GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, 289 p. El autor cuestiona el fundamento tradicional del artículo como acuerdo tácito entre los contratantes en el momento de contratar, porque se supone que éstos quisieron someterse a los riesgos ahí previsibles. Por el contrario, entiende que los contratantes reamente preferirían siempre un resultado indemnizatorio pleno de todos los daños derivados del incumplimiento a una limitación con lo que no sería ésta la cláusula que hubieran acordado en ausencia de costes de transacción. El artículo 1107 Código civil busca incentivar la comunicación de información contractual relevante pero desconocida para los dos contratantes para conseguir un resultado más eficiente (en especial, pp. 53 y ss.)

<sup>858</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 646 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación...*, op. cit., pp. 119 y ss. Una referencia más extensa en páginas 218 - 219.

<sup>859</sup> DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1103...”, op. cit., p. 491. Se ha dicho que se trata de una aplicación del principio de equidad contenido en el artículo 3.2 Código civil (*ibidem*, p. 531; LLAMAS POMBO, E., Comentario al artículo 1103, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1210). Señala la autora citada que la misión del art. 1103 Cc no es introducir un sistema para graduar la culpa sino, una vez fijados cuáles son los daños, tener en cuenta si concurre alguna circunstancia que hace que esa indemnización no sea equitativa (por ejemplo, la gratuidad o remuneración del mandatario) (p. 493). Con el mismo ejemplo, Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 748.

obligación<sup>860</sup>. Esto tiene una especial relevancia, si cabe, en el ámbito que nos movemos de los contratos entre empresarios pues la cualificación profesional del deudor eleva su nivel de exigencia, debiendo observar, en principio, una diligencia profesional según el sector.

La misma conclusión de norma de naturaleza dispositiva se puede extraer de la lectura del artículo 1.105 Cc, limitación legal a la responsabilidad del deudor pero que otorga libertad a deudor y acreedor para alterar la regla en él contenida: “*fuera de los casos [...] en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”. Parece posible, por tanto, el pacto de agravamiento de responsabilidad por el cual el deudor responde también en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor<sup>861</sup>. Cuestión distinta será si, como veremos en algún ejemplo, en aparente aplicación del régimen legal del artículo 1105 se señalan en un contrato supuestos considerados caso fortuito o fuerza mayor que realmente no lo son pretendiendo producir, en la práctica, el mismo resultado que el de una cláusula exoneratoria o limitativa de responsabilidad.

Sin embargo, no todos los autores comparten la opinión de la licitud de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en los casos distintos de dolo o culpa grave, a pesar de la regulación de carácter dispositivo de los artículos anteriormente señalados. DE VERDA<sup>862</sup>, respecto a los casos de culpa leve, distingue entre las cláusulas de exoneración y las de limitación de responsabilidad. Mientras se suma a la doctrina mayoritaria y considera válidas a estas últimas, no opina lo mismo de las primeras. A pesar del carácter dispositivo de los artículos 1103 y 1104 Código civil, los límites del artículo 1255 siguen estando presentes y sería contrario al orden público económico un pacto por el que el deudor no hubiera de prestar ninguna diligencia en su cumplimiento: “*parece contrario a las más elementales*

---

<sup>860</sup> Esta es la explicación que dan al precepto BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 295; CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1104”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 609 y ss.; LLAMAS POMBO, E., “Comentario al artículo 1104”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1214. El primer autor concluye que el artículo 1104 Cc se ocupa de la diligencia jurídicamente exigible en el cumplimiento de una obligación, diligencia que viene dada por el modelo y grado de diligencia que la obligación –o subsidiariamente, la ley– exprese, en función de la naturaleza de la prestación debida y de las circunstancias de su cumplimiento. Es decir, “*el modelo de diligencia del artículo 1104 es fundamentalmente el propuesto por el párrafo 2 del citado artículo, con la adecuación o precisión técnica o instrumental fundada en los datos del párrafo primero del citado artículo y con la intensidad o grado precisado también según el criterio del artículo 1.104*”.

<sup>861</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 757; (también, LLAMAS POMBO, E., “Comentario al artículo 1105”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1217).

<sup>862</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005 – 2, pp. 33 – 34, 36 y ss.



*exigencias de la buena fe, entendida ésta como modelo de conducta propio de las personas leales y honestas*<sup>863</sup>. Rescataremos estas ideas al hablar de cláusulas modificativas de la responsabilidad y condiciones generales de la contratación.

Por lo tanto, hasta este punto, no parece controvertida la existencia de un margen para la actuación de la autonomía de la voluntad en el régimen general, margen que permite a las partes modular en contratos negociados las reglas dispositivas de responsabilidad –con mayor o menor amplitud según los autores-. Anticipamos que no nos parece plenamente sostenible esta afirmación en contratos mediante condiciones generales. Sin embargo, de forma previa a entrar en esa cuestión, resulta interesante detenerse en ciertas normas sectoriales en las que la importancia de este remedio es tan notable que aparece explícitamente regulado. Una somera exposición de estos regímenes y de otros supuestos en los que las cláusulas de limitación tienen una gran relevancia aunque no exista normativa expresa (*c.1*), nos puede ayudar a ir identificando elementos o factores a tener en cuenta para el posterior encaje de los límites de la figura de la indemnización por daños y perjuicios en la contratación mediante condiciones generales. Así lo reflejaremos en un último apartado de síntesis y recopilación (*c.2*).

### ***c.1) Regulación en sectores específicos: contrato de transporte y contrato de leasing***

No nos es ajeno que el **transporte** es un sector en el que tienen mucha aplicación las cláusulas de modificación de la responsabilidad<sup>864</sup>. Por una parte, por la propia importancia de esta figura en el régimen de obligaciones de los distintos agentes intervinientes. Por otra, porque, en general, se trata de normas eminentemente dispositivas que otorgan en principio gran capacidad de regulación convencional a las partes. Sin embargo, tal es la importancia aquí de la responsabilidad, que es objeto de regulación expresa en los distintos textos legales y es precisamente uno de los escasos ámbitos en los que las partes tienen más mermada su autonomía de la voluntad. A esto solo hay que sumarle la frecuencia con la que

<sup>863</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>864</sup> De hecho, GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., p. 197, señala el contrato de transporte como el origen donde hacen su aparición las condiciones de no responsabilidad en su sentido moderno: “*es decir, como pactos contractuales redactados por el predisponente de condiciones generales de los contratos que pasan a ser contenido del transporte cuando el cargador las acepta*”.

Acerca de las cláusulas limitativas de responsabilidad y el transporte, véase LLÁCER MATAACÁS, M. R., “El asunto Chronopost: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de derecho español y francés”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 565 – 581, realizando un estudio comparado con la famosa jurisprudencia apuntada en nuestro capítulo referido a Derecho comparado (Primera parte. Capítulo II. I. 1.2.i)

se utilizan clausulados predispuestos en este tipo de contratos para tener una idea del interés que presentan en relación con las modificaciones convencionales de la responsabilidad y, sobre todo, sus límites.

Tanto es así, que la Ley 15/2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías introduce una mención especial para los contratos mediante condiciones generales, consciente de la realidad en la práctica del sector y de la necesidad de ofrecer una cobertura frente a posibles abusos. En virtud del artículo 3 del citado texto, la norma tiene en general carácter dispositivo y puede ser, por tanto, excluida por las partes mediante pacto, con un matiz para el caso de los contratos tipo: “[T]ambién podrá ser así, respecto de las condiciones generales de los contratos de transportes cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente”. Se introduce sin ambages la idea de protección a la parte débil del contrato, el “adherente” –transportista/porteador o cargador, en función de los casos, aunque en la mayoría de los supuestos, el segundo, el cargador-, exigiendo una razón para que la regulación convencional pueda apartarse del Derecho dispositivo, razón que consiste en que sea más favorable al contratante a tutelar<sup>865</sup>.

Descendiendo a la cuestión relacionada con la responsabilidad, como ya se apuntó al hilo del artículo 1.102 Cc y la prohibición de limitar la responsabilidad procedente del dolo, la Ley 15/2009 dedica su Capítulo V a la responsabilidad del porteador, avisando del carácter imperativo de las disposiciones contenidas en el mismo hasta el punto de que, expresamente, afirma que: “*las cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador previsto en esta ley, serán ineficaces y se tendrán por no puestas*”. Los casos en los que responde el porteador se clasifican en la Ley como pérdida total o parcial de las mercancías, averías y daños derivados del retraso en la ejecución del transporte (artículo 47.1)<sup>866</sup>. El porteador responderá en todo caso –por él y por sus auxiliares, dependientes o independientes- salvo que concurra una causa de exoneración que, en virtud del artículo 48, tendrá lugar cuando la pérdida, avería o el

---

<sup>865</sup> Acerca de este artículo, MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGET MONFORT, J., “Margen de autonomía de la voluntad en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 30 – 31.

En general, para tener una visión completa de la importancia de la contratación mediante condiciones generales y el sector del transporte, nos remitimos a la lectura del epígrafe “El transporte de mercancías”, en la primera parte del trabajo (Primera parte. Capítulo III. IV. 3)

<sup>866</sup> Respecto de la responsabilidad del porteador, entre otros, *vide* MARTÍNEZ BALMASEA, A., “Régimen de responsabilidad del porteador: fundamento, supuestos y causas de exoneración”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 255 – 273; QUINTANA CARLO, I., “Contratos de transporte terrestre...”, *op. cit.*, pp. 5100 y ss.

retraso hayan sido ocasionados “*por culpa del cargador o del destinatario, por una instrucción de éstos no motivada, por una acción negligente del porteador, por vicio propio de las mercancías o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir*”. La carga de la prueba de la existencia de una causa de exoneración corresponde al porteador salvo que concurra alguna de las presunciones de exoneración que regula el artículo 49<sup>867</sup>.

Por la especialidad del sector, en el del transporte la normativa se aparta del régimen común de responsabilidad y establece una limitación a los daños que pueden ser indemnizados. Dadas las cantidades tan elevadas que pueden llegar a alcanzarse, el objetivo es que el porteador tenga una idea del importe máximo a satisfacer en caso de incumplimiento de tal forma que pueda llevar a cabo una mejor planificación de su actividad económica, valorando costes y fletes<sup>868</sup>.

Justificando el sistema de responsabilidad tasado de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 16 de mayo de 2005 [AC 2005/895], afirma que “*[E]l sistema puede parecer injusto, y contraria, no sólo el régimen de responsabilidad contemplado en el Código de comercio, que no está sujeto a límites, sino también uno de los principios fundamentales de la responsabilidad civil contractual como es el del resarcimiento íntegro (arts. 1106 y 1107 del Código civil). Ahora bien, la limitación de la responsabilidad obedece al hecho de que, de no existir, el transportista asumiría enormes riesgos, incluso para la viabilidad misma de la empresa, salvo en aquellos supuestos en que expresamente se establece el valor de lo transportado, en cuyo caso pueden adecuarse las tarifas a los riesgos que efectivamente se asumen*”.

---

<sup>867</sup> “El porteador quedará exonerado de responsabilidad cuando pruebe que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la pérdida o avería han podido resultar verosíblemente de alguno de los siguientes riesgos: a) empleo de vehículos abiertos y no entoldados, cuando tal empleo haya sido convenido o acorde con la costumbre. b) ausencia o deficiencia en el embalaje de mercancías, a causa de las cuales éstas quedan expuestas, por su naturaleza, a pérdidas o daños. c) manipulación, carga, estiba, desestiba o descarga realizadas, respectivamente, por el cargador o por el destinatario, o personas que actúen por cuenta de uno u otro. d) naturaleza de ciertas mercancías expuestas por causas inherentes a la misma a pérdida total o parcial o averías, debidas especialmente a rotura, moho, herrumbre, deterioro interno y espontáneo, merma, derrame, desecación o acción de la polilla y roedores. e) deficiente identificación o señalización de los bultos. f) transporte de animales vivos en las condiciones previstas en el artículo siguiente”.

<sup>868</sup> ESCUIN IBÁÑEZ, I., “La indemnización del porteador responsable: cuantía y límite de responsabilidad”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, p. 276.

No limitado a los contratos de transporte pero reflejando esta tendencia a la limitación del resarcimiento por la excesiva onerosidad que supone para el causante del daño en determinados supuestos, MONTÉS PENADÉS, V. L., “La responsabilidad por dolo”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 27 – 28.

En el caso del transporte terrestre y de la Ley 15/2009, esos límites –en función del peso– aparecen recogidos en el artículo 57 y son de aplicación en beneficio del porteador salvo que éste haya actuado dolosamente o “*con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción*”. Ahora bien, según el artículo 61, los límites son susceptibles de ser modificados por las partes, con dos matices<sup>869</sup>. Por una parte, solo cabe incrementar el máximo a indemnizar, esto es, el pacto entre cargador y porteador no puede suponer una limitación de la responsabilidad de este último sino solo una agravación de la misma –el valor de las mercancías que se haya declarado en la carta de porte, en el primer apartado; sin referirlo a ninguna variable, en el tercero-. Por otra, este acuerdo para aumentar el límite máximo a indemnizar es correlativo a un aumento del precio, un “*suplemento*”, a pagar por el cargador. Este incremento de precio parece obligado en el artículo 61.1, cuando el aumento de límite está en función del valor de las mercancías, mientras que en el 61.3, el legislador dice que el porteador “*podrá*” reclamar un suplemento del porte, “*a convenir entre las partes*”. *A sensu contrario*, podría pensarse que cabe la agravación de responsabilidad para el porteador sin el correspondiente beneficio en forma de un mayor precio (aunque es cierto que, teniendo en cuenta la diferente fuerza de las partes si el adherente es un cargador con una posición débil, parece improbable que el “pacto” sea ése).<sup>870</sup>

Una estructura relativamente similar nos encontramos en el caso del transporte marítimo de mercancías. Tal es la importancia de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en este ámbito, que la propia Exposición de Motivos de la Ley de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque de 1949, sitúa

---

<sup>869</sup> Hay que incidir en la idea de que la declaración de valor que se permite insertar en la carta de porte tiene su función como límite máximo resarcitorio, no como parámetro de cálculo de las indemnizaciones, para las que habrá que estar a las reglas de cuantificación de los artículos 52 y 53. La posibilidad de fijar un nuevo tope en función del valor de las mercancías tiene su explicación en el desajuste que puede suponer calcular los límites indemnizatorios por kilogramo cuando se trata, por ejemplo, de bienes de gran valor pero de poco peso, ESCUIN IBÁÑEZ, I., “La indemnización...”, op. cit., pp. 280 – 281.

<sup>870</sup> Aunque en la aprobación del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil por el Consejo de Ministros se haya eliminado la regulación propia contenida en la Propuesta de tal forma que, según el artículo 561.1 el contrato de transporte terrestre se regulará por su legislación específica, es de interés notar cómo el planteamiento era semejante: carácter imperativo para las normas sobre la responsabilidad del porteador con prohibición expresa de aquellas cláusulas que reduzcan o aminoren su régimen (artículo 561-46) –aunque con posibilidad de agravarlo (artículo 561-3)- y límites a la indemnización, según los casos<sup>870</sup>, pudiendo elevar estos límites si el cargador declara en la carta de porte, bajo pago de un suplemento, el valor de las mercancías y éste es superior. El beneficio de la limitación de la responsabilidad desaparece, sin embargo, si media dolo o “*infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción*” (artículo 562-62)

en esta cuestión la razón principal por la que se adoptaron normas internacionales en la materia.

Tal y como reza el primer párrafo de la Exposición de Motivos, “[A] partir del *Harter Act americano de 1893*, se vino sintiendo la necesidad de adoptar normas internacionales sobre cláusulas de exoneración de responsabilidad en los conocimientos de embarque, y tras diversos intentos plasmaron esas normas en el *Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924*, que fue suscrito por 16 naciones, entre ellas España”. Haciendo referencia a esta Ley norteamericana *Harter Act* de 1893, ARROYO MARTÍNEZ<sup>871</sup> evidencia la motivación existente detrás del recorte de validez de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del porteador. Estas cláusulas habían proliferado como consecuencia del mayor poder de negociación de este colectivo, siendo los cargadores los perjudicados en tanto en cuanto tenían que soportar unas condiciones más gravosas en los conocimientos de embarque. En la misma línea, GÓRRIZ<sup>872</sup> apunta también como origen y finalidad de la normativa uniforme del contrato de transporte bajo conocimiento de embarque, la reacción frente a la aparición de las cláusulas que exoneraban de responsabilidad a los porteadores de forma tan amplia que prácticamente solo dejaban fuera los casos de responsabilidad por dolo, cláusula cuya exclusión derivaba de la superioridad económica de la industria naviera sobre la cargadora.

El régimen de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo nacional viene regulado por la recientemente aprobada Ley de Navegación Marítima<sup>873</sup>. Esta norma, como apunta en su propia Exposición de Motivos, continúa en materia de responsabilidad del porteador por daños y averías en la línea del régimen internacional vigente, esto es, el Convenio de Bruselas (o Reglas de La Haya-Visby). A modo de protección de la parte débil de la relación, mantiene el carácter de Derecho necesario de la regulación de la responsabilidad por daños y averías en los transportes contratados en régimen de conocimiento de embarque, en beneficio del usuario o cargador, en atención a la capacidad de negociación más limitada que éste suele tener. De ahí que el art. 277.1 LNM, en su párrafo 2º, disponga que “no tendrán efecto las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías”. Por el contrario, y precisamente por la posición de las partes contratantes, este carácter de Derecho imperativo desaparece en el caso de que

<sup>871</sup> ARROYO MARTÍNEZ, I., “Contratos de utilización...”, op. cit., p. 1339. El autor recoge una cita de la *Harter Act* que nos parece muy definitoria de la situación existente: “El porteador se siente seguro transportando porque no responde por la pérdida de las mercancías”.

<sup>872</sup> GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Contrato de transporte...”, op. cit., p. 26.

<sup>873</sup> Ley 14/2014, de 24 de julio.

exista póliza de fletamento, atendiendo a que, en este caso, los sujetos intervinientes – fletadores y armadores- suelen ocupar posiciones más equilibradas entre ellas, lo que les permite, *a priori*, pactar el régimen de responsabilidad sin la necesidad de que una de las partes tenga que ser protegida frente a potenciales abusos<sup>874</sup>.

Del mismo modo –y con el mismo fundamento- que en el ámbito del transporte terrestre, se establecen unos límites a la responsabilidad del porteador o transportista tanto por pérdida o daño de las mercancías (art. 282 LNM) como por retraso (art. 283 LNM<sup>875</sup>). En ambos casos, las limitaciones a favor del porteador no operan en los casos de dolo o culpa grave (los daños se hayan causado “*intencionadamente o actuando en forma temeraria y con conciencia de su probabilidad*”)<sup>876</sup>. Como la LNM remite a las Reglas de La Haya-Visby para la regulación de la responsabilidad del porteador, cabe añadir que esta limitación de la cuantía de la indemnización, si bien no puede verse aminorada sí que puede elevarse, agravando así, su responsabilidad (art. 5 Convenio de Bruselas)<sup>877</sup>.

Por tanto, en el ámbito del transporte, está presente la idea de la protección frente a este tipo de cláusulas de la parte débil del contrato –si se prevé que existe un desequilibrio entre las posiciones de los contratantes-, invistiendo al régimen de responsabilidad del transportista

---

<sup>874</sup> De ahí que, acto seguido a la privación de efectos de las modificaciones del régimen de responsabilidad en perjuicio del cargador, admite dichas cláusulas “*cuando estén pactadas en la póliza de fletamento y no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador*” (art. 277.1)

<sup>875</sup> Novedad, la responsabilidad por retraso, de la LNM respecto de las Reglas de La Haya-Visby, pensando en una futura entrada en vigor de las Reglas de Rotterdam.

<sup>876</sup> Y en el caso de retraso, además cuando haya declaración del valor real de las mercancías.

<sup>877</sup> Tanto el régimen para los contratos internacionales recogido en el Convenio de Bruselas como el de la ya derogada Ley de Transporte Marítimo de 1949, son sustancialmente iguales a lo expuesto. En ambos casos se trata de un régimen de carácter *ius cogens* que impide al porteador exonerarse o limitar de cualquier forma su responsabilidad legal (art 3.8 CB; art. 10 LTM) aunque no agravarla. Así, por ejemplo, el art. 11 LTM *in fine* disponía la posibilidad de un convenio entre porteador, capitán o agente del porteador y el cargador en virtud del cual se fije una cantidad máxima diferente de la legal, siempre que aquella fuera superior.

Cabe aquí llamar la atención sobre los denominados “contratos de volumen” que incorporan como novedad las Reglas de Rotterdam, todavía no en vigor pero ya ratificadas por España. Ya tuvimos ocasión de analizar su fundamento y su régimen (nos remitimos a lo dicho al respecto en la Primera parte. Capítulo III. IV. 3) que queremos dejar aquí apuntado brevemente, por lo que de interés puede tener respecto de la protección del cargador frente a las cláusulas de limitación de responsabilidad. Las Reglas de Rotterdam, con los “contratos de volumen”, pretenden dejar una mayor libertad a las partes para determinar el régimen de aquellos contratos a los que, por el volumen de operaciones –entre otros requisitos-, se les presupone un equilibrio entre los contratantes y no una posición de fuerza del porteador frente al cargador. Sin embargo, como consecuencia de la parca definición y de los requisitos formales que se exigen, al final pueden llegar a considerarse “contratos de volumen” algunos cuyos cargadores pueden estar en la misma posición de debilidad que en los casos arriba analizados. Si, ante una situación así, se permite a las partes derogar las disposiciones de las Reglas, se estarían dando entrada a la posibilidad de abusos, entre otros, en materia de responsabilidad del porteador.

Además de la bibliografía citada en el epígrafe general correspondiente al transporte de mercancías, acerca del régimen de responsabilidad del porteador en los contratos internacionales, recogen una visión comparativa entre el Convenio de Bruselas, el Convenio de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, GÓRRIZ LÓPEZ, C., Contrato de transporte..., op. cit., pp. 52 y ss. También ver EMPARANZA SOBEJANO, A., “Contrato de transporte marítimo...”, op. cit., pp. 5338 y ss.

de la naturaleza de Derecho imperativo (o semi-imperativo, pudiendo separarse lo pactado solo si es a favor de dicha parte débil<sup>878</sup>). Cualquier cláusula que pretenda disminuir la responsabilidad asignada por la Ley, carecerá de efectos. Por otro lado, y si bien por razones de viabilidad del sector se establecen a favor del transportista limitaciones de indemnización, esta responsabilidad podría ser agravada pero nunca aminorada, lo que supone otro límite a la autonomía de la voluntad en un sector en el que es habitual el uso de contratos predispuestos.

Junto con el contrato de transporte, hemos hecho referencia al **contrato de leasing o arrendamiento financiero** como negocio jurídico relevante en este ámbito. Dado que las alusiones a este contrato en el presente trabajo serán constantes, nos parece pertinente para una mejor comprensión de las diferentes cuestiones que se planteen, dedicar de manera preliminar unas líneas al contrato en sí mismo. Para ello nos podemos servir de la abundante jurisprudencia existente. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 [RJ\2008\42], interesante por sus múltiples remisiones a resoluciones anteriores, dispone que:

*“El contrato de arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, conocido como leasing, institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial (Sentencia de 20 de julio de 2000, con cita de la de 28 de noviembre de 1997), es un contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto –que ella no ha producido sino que ha sido adquirida de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo (en este sentido, y por todas, sentencia de 14 de diciembre de 2004). Se trata pues, de un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código civil (sentencia de 26 de junio de 1989), que, además, nada tiene que ver ni con la compraventa a plazos, ni con el préstamo de financiación a comprador (sentencias de 14 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2002 y 19 de julio de 1999), figuras con las que a veces ha sido confundido, ya que la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios*

---

<sup>878</sup> Se trata de una “imperatividad de mínimos”, como lo describen RECALDE CASTELLS, A.; MARTÍNEZ BALMASEDA, A.; OLIETE BENEDITO, G., “El transporte de mercancías”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*, tomo IV, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 945.

*financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su Disposición Adicional séptima, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas – calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota (sentencia de 4 de junio y 21 de diciembre de 2001)” (F.J. 2º, párr. 6º).*

Son varios los aspectos del contrato a los que hace alusión el Tribunal en el texto citado. Por una parte, su origen -norteamericano, aterrizando en Europa en los años sesenta<sup>879</sup> - y su consideración como negocio jurídico atípico en la medida en que está carente de una regulación completa<sup>880</sup>. Sin perjuicio de otras normas que también recogen alusiones al *leasing*<sup>881</sup>, encontramos referencias a este contrato en la anteriormente referida Ley 26/1988, cuya Disposición Adicional 7ª otorga la consideración de operaciones de arrendamiento financiero a “*aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales.*

---

<sup>879</sup> Acerca del origen anglosajón, vide PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Arrendamientos mercantiles”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, p. 587, autor que explica el nacimiento del *leasing* a partir de la idea de un empresario norteamericano para el suministro a la Marina productos alimenticios con una maquinaria especializada. También alude a este origen y a su posterior desarrollo en Europa y España, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “*leasing*” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1982, pp. 41 – 42; FLORES DOÑA, M. S., “Contrato de leasing internacional en el Tratado UNIDROIT”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 36, diciembre 2001, pp. 107 y ss.

<sup>880</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Arrendamientos mercantiles...”, op. cit., p. 589, plantea la duda de si puede tener la consideración de contrato atípico o no, a la vista de que el legislador sí que ofrece una definición legal de la figura. Sin embargo, el hecho de que simplemente se trate de eso, de una definición, sin que existan más que ulteriores menciones incidentales al mismo, le hace decantarse por la opción de “*un contrato atípico, al que ha dado nombre (por ello, nominado) y prestado atención el legislador fiscal*”.

<sup>881</sup> Como la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, normativa sectorial bancaria o la regulación que establece el régimen fiscal especial para determinados contratos de arrendamiento financiero.



*El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término en favor del usuario”.*

Esta ausencia de normas que establezcan un régimen jurídico del contrato hace que la autonomía de la voluntad de las partes tenga mucha relevancia puesto que será el régimen establecido por ellas el que regule la creación y vida del negocio jurídico. Las partes implicadas en el contrato de *leasing* son tres: un arrendador financiero (la sociedad de *leasing*) que adquiere al vendedor (suministrador) para sí, pero cediendo su uso al arrendatario financiero (usuario) un bien indicado por este último, a cambio del pago periódico de las cuotas de amortización. Elemento esencial del *leasing* es la inclusión de una opción de compra del bien a favor del usuario a la finalización del contrato, de tal forma que el usuario, llegado este momento, puede optar por ejercitar la opción y adquirir la propiedad del bien, devolver el mismo a la sociedad de *leasing* o bien pactar la prórroga de su uso. Como se puede observar, la función económica del negocio jurídico, su causa, es la financiera<sup>882</sup>. De esta suerte y siguiendo a ALFARO, junto con las ventajas fiscales para el usuario, el *leasing* le permite a la empresa financiar totalmente la adquisición de bienes de equipo que supondrían una gran inversión, sin quedar, a la vez, ligados a ellos cuando por el paso del tiempo quedaran obsoletos. La sociedad de *leasing*, por su parte, tiene una garantía adicional al préstamo que es su posición como propietaria del bien<sup>883</sup>.

La situación de ausencia de regulación del contrato de *leasing* puede finalizar si finalmente entra en vigor el nuevo Código mercantil. El texto del Anteproyecto dedica los artículos 576-1 a 576-3 al contrato de arrendamiento financiero. Apuntamos, de momento, la definición del negocio jurídico para después analizar algunas de las obligaciones y derechos de las partes, aunque ya en la definición se intuye la solución que se le dará a determinadas cuestiones sobre responsabilidad. El contrato de arrendamiento financiero o *leasing* queda configurado como aquel por el que “*un empresario cede en arrendamiento a otro operador de mercado un activo definido previamente por éste para afectarlo a su actividad empresarial o profesional a cambio del abono de cuotas periódicas y en condiciones económicas que supongan transferir al arrendatario sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo, que el arrendador ha adquirido de un proveedor designado o aprobado por el arrendatario o del propio arrendatario*”. Esta definición se complementa con el apartado segundo del artículo 576-1, que faculta para la incorporación de un derecho

<sup>882</sup> De hecho, ya en 1982, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., p. 41, alude al *leasing* como “uno de los principales medios de financiación empresarial”.

<sup>883</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Leasing (D.º Mercantil)”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3915.

de opción de compra ejercitable al finalizar el contrato, en unas condiciones de ejercicio tan favorables para el arrendatario que pueda presumirse que lo ejercerá, “*en cuyo supuesto se considerará que existe transferencia sustancial de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo*”.

Mucho se ha escrito sobre su naturaleza jurídica -sin que exista una opinión unánime al respecto<sup>884</sup>- puesto que presenta rasgos comunes con varios tipos contractuales, como la venta a plazos, el arrendamiento, el préstamo o la fiducia, aunque no es equiparable a ninguno de ellos<sup>885</sup>.

---

<sup>884</sup> Defendiendo su consideración como un contrato de arrendamiento, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El leasing financiero y la Ley de Ventas a plazos de Bienes Muebles (Comentario a la STS de 28 de marzo de 1978)”, *Anuario de Derecho Civil*, julio – septiembre, 1980, III, pp. 759 - 785; “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., p. 59 (en su trabajo de 1991, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la ley de 29 de julio de 1998, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1991, p. 983, el autor, al hilo del análisis de la Ley de 29 de julio de 1988, habla de una *fiducia cum creditore*). Abogando por una proximidad a la venta a plazos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El pacto de reserva de dominio”, en NIETO CAROL, U.; MUÑOZ CERVERA, M. (dirs.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, p. 412: “[T]odos los contratos de leasing son contratos de compraventas a plazos o de financiación de las mismas”. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Leasing (D.º Mercantil)”..., op. cit., p. 3917, afirma que ha de calificarse como un “contrato mixto con elementos fundamentalmente traídos del mandato y del préstamo”. Apostando también por la conveniencia de considerarlo como una figura en la que la sociedad de leasing financia como prestamista la adquisición del usuario al tiempo que actúa como un mero mandatario según los intereses e instrucciones, MARTÍN CASALS, M.; RUDA GONZÁLEZ, A., “Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, mayo – septiembre 2004, pp. 851 – 852. De forma más reciente, lo consideran como un contrato *sui generis* CORTÉS, L. J., Contratos bancarios (I) y (II), en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 528 – 529 (“un contrato *sui generis* [...] de carácter, como decíamos, ciertamente, financiero, pero cuya especificidad radica en que la financiación, en lugar de prestarse directamente al cliente, se le facilita indirectamente, mediante la previa adquisición y cesión del bien que precisa; es decir, en puridad, mediante la realización de la inversión por un tercero y su explotación por el interesado que ha de satisfacer tanto el coste de adquisición cuanto el financiero correspondiente”); CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 1028 (“un contrato *sui generis* de evidente naturaleza crediticia, en el que se funden la cesión al usuario del uso del bien –cuya propiedad pertenece a la sociedad de leasing- y la opción de compra”); PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Arrendamientos mercantiles...”, op. cit., p. 590.

<sup>885</sup> Para una delimitación del leasing respecto de estos contratos, vide ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Leasing (D.º Mercantil)”..., op. cit., p. 3916 - 3917; CORTÉS, L. J., “Contratos bancarios...”, op. cit., p. 528; UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 97 y ss.; DELGADO CORDERO, A. M., Contrato de *leasing*: régimen jurídico. Figuras contractuales afines: compraventa a plazos y contrato de renting (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 2004), *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pp. 179 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 141 y ss.; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos...*, op. cit., pp. 1027 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., pp. 340 – 342; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 169.

Existe una copiosa jurisprudencia que se ha ocupado de las delimitaciones entre el contrato de *leasing* las demás figuras jurídicas. A modo de ejemplo, y respecto de la compraventa a plazos, SSTs de 21 de diciembre de 2001 [RJ\2002\250], de 7 de febrero de 2000 [RJ\2000\282] y de 14 de diciembre de 2004 [RJ\2004\8038] (en las dos últimas resoluciones, se considera como intrascendental el hecho de que el importe del precio residual sea ínfimo o coincida con el importe de las mensualidades de la amortización pues sigue manteniendo el contrato todos los elementos del arrendamiento financiero). Relacionando *leasing*, compra a plazos,

En cualquier caso, por lo que a nosotros nos interesa en este trabajo, el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, es, en primer lugar y tal y como se ha ido apuntando en esta somera introducción al mismo, un negocio jurídico de gran presencia en la contratación entre empresarios. Efectivamente, tanto los ya mencionados beneficios fiscales que recibe en algunos casos, como el hecho de que sea una fórmula que permite al empresario una vía ágil de financiación para adquirir el costoso equipamiento necesario para el desarrollo de sus actividades profesionales, hacen de él un contrato muy extendido en la actualidad en el tráfico jurídico mercantil<sup>886</sup>. Por otra parte, la ausencia de regulación legal de esta figura hace que la voluntad de las partes cobre un papel fundamental en el contenido del contrato puesto que queda a merced de ellas completar el régimen por el que se van a regir las relaciones de los empresarios implicados<sup>887</sup>. Además, por las características de las partes intervinientes, es un contrato en el que generalmente el clausulado suele venir predispuesto por el arrendador financiero. Por lo tanto, si sumamos el amplio margen de los sujetos para configurar el negocio jurídico al hecho de que la sociedad de *leasing* sea la que realmente determina ese contenido en la realidad y el usuario se limita a aceptar las condiciones redactas por ella, se puede, sin mucha dificultad, afirmar que es un terreno abonado para el surgimiento de cláusulas que podrían resultar abusivas para el arrendatario financiero, esto es, en principio, el empresario débil de la relación.

---

préstamo y venta en garantía, SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 [AC\2007\1894]. Concretamente, respecto del préstamo, la reciente SAP de Madrid de 25 de marzo de 2014 [JUR\2014\164244].

<sup>886</sup> Para PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Arrendamientos mercantiles...”, op. cit., p. 593, “estamos, en suma, ante un moderno contrato empresarial que cumple muy adecuadamente su función como sistema de financiación”. El autor señala como ventajas el hecho de que no exista la necesidad de una inversión inicial; el plazo por el que se pacta; la “*plasticidad y acomodación*” a las necesidades de la empresa arrendataria; la posible adquisición final del bien a través del ejercicio de la opción de compra posterior. En cuanto a las desventajas, señala el mayor coste de la financiación respecto de otras vías ofrecidas por las entidades crediticias y el hecho de que el arrendatario, al no ser propietario, carece de activo.

<sup>887</sup> A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo, en la sentencia anteriormente expuesta de 4 de diciembre de 2007 [RJ\2008\42], reconoce a las partes el poder de regir sus relaciones al amparo del artículo 1.255 del Código civil. Se trata de un contrato de *leasing* cuya cláusula reguladora de las “consecuencias del incumplimiento” contempla dos posibles efectos del incumplimiento de la parte usuaria de su deber de abonar las cuotas: la sociedad de *leasing* puede optar entre exigir el cumplimiento y reclamar tanto el importe de las cuotas vencidas como el de las futuras (lo que veremos después como cláusula de vencimiento anticipado) o bien la resolución del contrato con restitución inmediata de los bienes “*pero dejando a salvo su derecho a exigir el pago de las cuotas debidas e impagadas más el importe de los intereses de mora*”. Tanto la Audiencia que dicta la sentencia recurrida como el Tribunal Supremo aceptan como lícita esta cláusula, que está conforme con el artículo 1.255 del Código civil y que, además, “*se concilia perfectamente con naturaleza y finalidad de este contrato*” en la medida en que no se puede negar que en el período al que corresponden las cuotas que se reclaman después el usuario ha usado y disfrutado el bien objeto del contrato. Por lo tanto, el ejercicio de la acción resolutoria no le impide al arrendador propietario exigir el pago de las rentas devengadas hasta ese momento por el uso del bien, aunque no se reclamen conjuntamente con la resolución sino en un momento posterior. Como manifiesta el órgano jurisdiccional, el *leasing* se rige esencialmente por sus propias estipulaciones, convenidas por las partes en aras al principio de autonomía de la voluntad “*aunque se trate, como es el caso, de contratos de adhesión en el que la voluntad del usuario se limita a aceptar las condiciones redactadas por la empresa financiera*”.

El tipo más habitual de cláusulas que las sociedades de *leasing* suelen incluir y que pueden resultar sospechosas de plantear problemas de licitud – y que son la justificación para tratar estas cuestiones en el presente epígrafe-, son las cláusulas mediante las que el arrendador se exonera de su responsabilidad frente a determinados riesgos, como pueden ser la falta de entrega de la cosa por el suministrador al usuario, la pérdida o destrucción del bien objeto del *leasing* o la existencia de vicios ocultos o problemas de evicción. Asimismo, aunque en un ámbito diferente, una cláusula de uso generalizado en este tipo de contratos es la de vencimiento anticipado en el supuesto de falta de pago de alguna cuota por parte del usuario. Haremos referencia ahora a las dos primeras. La cláusula relacionada con los vicios ocultos será objeto de estudio en el apartado correspondiente al artículo 1.485.II Cc mientras que la cláusula de vencimiento anticipado tiene su encaje en el siguiente epígrafe, la ineficacia unilateral del contrato.

Para un tratamiento adecuado de la abusividad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad impuestas por la sociedad de *leasing*, hay que tener presente la estructura del negocio jurídico y los riesgos que, a la vista de la misma, soportaría en principio cada parte. Siguiendo a UREÑA<sup>888</sup>, *a priori* podría parecer que el contratante que más arriesga es la arrendadora financiera: compra un bien para el usuario y siguiendo sus instrucciones pero la contraprestación por parte de éste se produce de manera fraccionada y prolongada en el tiempo; además, como la opción de compra es voluntaria para el arrendatario, podría suceder que no fuera ejercitada y que la sociedad de *leasing* tuviera que quedarse definitivamente con un bien específico, que se ha adquirido por mandato de otro sujeto y que, posiblemente y como consecuencia del transcurso del tiempo, esté obsoleto. Aunque, como ya se ha mencionado, la característica de que el arrendador mantenga la propiedad del bien durante la vigencia del *leasing* es la mayor garantía para él, a la vista de la configuración descrita, puede tener cierto sentido la inclusión de algún pacto que pretenda “equilibrar” la posición de ambas partes redistribuyendo los riesgos existentes<sup>889</sup>.

▪ Comenzando por *las vicisitudes que pueden tener lugar respecto de la entrega del bien al usuario*, cabe señalar que, normalmente, ésta se produce de forma directa por el

<sup>888</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., pp. 21- 22.

<sup>889</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento...*, op. cit., pp. 143 – 144, al hilo de la delimitación del *renting* respecto del *leasing*, también deja entrever cómo la configuración del contrato está detrás de la disposición de las obligaciones para las partes: determinadas exoneraciones de responsabilidad que serían extrañas a un arrendamiento del Código civil, pueden ser, sin embargo, normales –con los matices que tendremos ocasión de exponer- en un contrato de *leasing*.

vendedor o suministrador sin que medie la sociedad de *leasing*. Las cláusulas que el arrendador financiero suele incluir en este sentido son aquellas en las que se exonera de la responsabilidad que pudiera derivarse por la falta de entrega del bien o el retraso en la misma. Un supuesto en el que tal pacto devendría directamente nulo es aquel en el que la exoneración abarcase todos los casos, incluidos aquellos en los que en la falta de entrega o su retraso mediara dolo o culpa grave por parte de la sociedad de *leasing*. Tal y como muy acertadamente sostiene CABANILLAS en sus trabajos acerca del arrendamiento financiero de 1982 y 1991, “*la exoneración de responsabilidad de leasing no puede prosperar por imperio del artículo 1.102 del Código civil, y por la asimilación, a estos efectos, de la culpa grave al dolo, de acuerdo con la doctrina dominante*”<sup>890</sup>. En el resto de los escenarios posibles, parece que hay determinadas variables que pueden alterar la consideración de la cláusula como lícita o ilícita. Los elementos que parecen fundamentales para admitir una cláusula con este contenido serían la subrogación en la posición del arrendador comprador para el ejercicio de las acciones correspondientes frente al suministrador, por una parte, y la no exclusión de la facultad de resolución del contrato de *leasing*, por otra. Respecto al primer aspecto, si no se contempla esta cesión, el usuario no podrá ejercitar la acción de cumplimiento y carecería de medios de tutela de su derecho<sup>891</sup>. En cuanto a la facultad de resolución del contrato ante la falta de entrega o una demora tal que el interés del usuario se ve insatisfecho (artículo 1.124 Cc), parece claro el desequilibrio al que se llegaría si el usuario, pese a no poder disfrutar del bien objeto del contrato por causa a él no imputable, se ve obligado a permanecer vinculado al contrato con la sociedad de *leasing* y, por tanto, a pagar las cuotas correspondientes<sup>892</sup>. Ya vimos con

<sup>890</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., pp. 90 – 91; La configuración del arrendamiento financiero..., op. cit., pp. 1002 – 1003. En el epígrafe referido al artículo 1.102 del Código civil tendremos ocasión de ahondar en su condición de límite a la autonomía de la voluntad.

<sup>891</sup> Al respecto, MARTÍNEZ MARTÍN, M., Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1995, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41, abril – agosto 1996, pp. 601 – 602, hace pendular la abusividad de la cláusula dependiendo de que se haya producido o no la cesión de acciones del arrendador al arrendatario puesto que, en el caso negativo, se produciría “*una situación de completa indefensión por parte del arrendatario financiero, que ve cómo no puede reclamar nada al arrendador financiero, puesto que éste cumplió desde el momento de la firma del contrato*” (en este trabajo, el autor comenta, entre otras, una cláusula por la que se establece que con la sola firma del contrato, se ha producido su cumplimiento por la arrendataria financiera). Es de notar, sin embargo, que a pesar de la subrogación de acciones, en determinados casos no se ha aceptado la cláusula de exoneración de responsabilidad respecto de la entrega del bien, tal y como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 30 de mayo de 2011 [JUR\2011\292637]: “[...] en ocasiones se ha declarado la invalidez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la entidad financiera y de subrogación a favor del usuario de las acciones cuando el incumplimiento radicara en la falta de entrega del bien objeto del contrato, pero solo en la medida en que hubiera una conducta reprochable de la entidad financiera al sustituir su obligación de cerciorarse de la entrega de los bienes por un mero formulismo contractual estandarizado”.

<sup>892</sup> Analiza atentamente el supuesto CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., pp. 91 – 93; La configuración del arrendamiento financiero..., op. cit., pp. 1003 – 1006. Para el autor, en la medida en que una de las obligaciones de la sociedad de leasing es la cesión del uso del bien, es claro que no

anterioridad que el artículo 1.124 Cc tiene naturaleza disponible para las partes pero, igualmente, que sería aconsejable “blindar” este remedio frente al incumplimiento en el caso de contratos en los que una de las partes no ha tenido participación en la configuración de los derechos y obligaciones del contrato, esto es, en contratos de adhesión como el que nos ocupa. No olvidemos que se trata de un remedio íntimamente relacionado con la estructura sinalagmática de la relación obligatoria y que evita que una de las partes tenga que quedar de forma injusta permanentemente vinculada a la misma sin que tenga sentido para ella.

Encontramos en la jurisprudencia abundantes ejemplos de problemas surgidos por incidentes con la entrega del bien. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de enero de 2001 [RJ\2001\1001], conoce de un contrato de *leasing* que tiene por objeto una máquina retroexcavadora y en cuyo contenido se incluye que, recibida a satisfacción esta máquina por el arrendatario, la arrendadora subroga a dicho usuario en cuantos derechos y acciones le correspondan frente a quien había sido su proveedor y dicho usuario libera a la arrendadora de todas responsabilidades por las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes. La máquina no pudo ser matriculada y registrada en la Delegación Provincial de Tráfico correspondiente por ausencia en la entrega al arrendatario de la documentación accesoria requerida. Aunque el fallo del Tribunal es en el sentido de ratificar la nulidad del contrato de *leasing* (pretensión inicial de la parte arrendataria) por falta del elemento esencial del objeto del mismo<sup>893</sup>, incluye una reflexión respecto a la posibilidad de que el arrendatario sea el que gestione del vendedor la aportación de la documentación, posibilidad que no da por buena porque, “*en primer lugar, no consta en el*

---

puede exonerarse de toda responsabilidad derivada de un problema con la entrega del bien al usuario y, a la vez, impedir el ejercicio de la acción resolutoria. Ni siquiera el argumento de la subrogación en la posición del arrendador frente al suministrador contrarrestaría lo lesivo de la situación en la que se vería el usuario: “*este argumento, tal vez, justifique que el usuario no pueda exigir la indemnización de daños y perjuicios [...]; pero al impedirse al usuario tanto la resolución del contrato que la sociedad de leasing ha celebrado con el suministrador como la del propio contrato de leasing financiero, se obliga al usuario a continuar vinculado a la sociedad de leasing sin que exista una razón fundada que pueda justificarlo*” (1982, p. 92).

Apunta COSTAS RODAL, L., “El leasing”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 2ª ed., Valencia, 2013, pp. 3001 – 3002, que el arrendatario financiero no solamente interesará la resolución del contrato de compraventa haciendo uso de la subrogación en la posición del arrendador, sino también la del leasing, en la medida en que son dos contratos conexos y funcionalmente interdependientes y, de lo contrario, el arrendatario tendría que seguir pagando las cuotas a pesar de haber quedado privado del uso del bien por un incumplimiento. Es más, procesalmente hablando, debería demandar también al arrendador financiero por ser parte en el contrato de compraventa y para evitar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

<sup>893</sup> El Tribunal recuerda su doctrina respecto a la falta de entrega jurídica del objeto contractual por falta de entrega de los títulos de pertenencia, que considera como causa de nulidad al privar del normal uso del objeto (en este caso, para ese normal uso sería necesaria la matriculación de la máquina, matriculación que resulta imposible).

*contrato aquél* [el envío al arrendatario para que sea él quien realice las gestiones]” y “*además, al consignar que la maquinaria es propiedad de la entidad arrendadora ésta habría de ser la gestora*” pues, no solo ha de ser matriculada a favor de los adquirentes sino que su consentimiento y aportación del contrato es indispensable “*y de ello se había producido un inicial desentendimiento que perduraba en el año 1994*”. Al no recoger el texto de la sentencia la cláusula en su tenor literal entendemos que es difícil matizar la afirmación pero, dado que sí que parece existir una cláusula en virtud de la cual la arrendadora subroga en todos sus derechos contra el vendedor al arrendatario “*recibida a satisfacción dicha máquina*”, pensamos que se puede entender que el Tribunal no considera que en el contrato conste una subrogación en este sentido porque sujeta dicha subrogación al hecho de que exista una recepción “*a satisfacción*”, cosa que no ha tenido lugar en el supuesto de hecho puesto que faltaban documentos fundamentales para el uso de la máquina. Esta interpretación nos llevaría a entender que, *a sensu contrario*, la solución podría ser otra si se hubiera producido la subrogación<sup>894</sup>.

Un ejemplo en el que se analiza con detenimiento la responsabilidad por la entrega del bien en los contratos de *leasing* lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2007 [AC\2007\1894]<sup>895</sup>. El bien a financiar mediante este tipo de contrato es un escáner para resonancias que es enviado por el proveedor desde Nueva York al puerto de Valencia, observándose en el momento del desembarque que la mercancía estaba en mal estado. Dado que en el contrato de compraventa se había incluido la cláusula FOB<sup>896</sup>, el adquirente -la compañía financiera-, es el que debe responder frente al usuario por la pérdida de la mercancía –sin perjuicio de acciones posteriores contra el responsable de que la mercancía no llegara en buen estado al puerto de destino-. La sociedad de *leasing*, según el órgano jurisdiccional, estaba obligada a entregar, y no entregó el bien, sin que pueda entenderse que venía exonerada de toda responsabilidad al respecto por una estipulación contenida en el contrato: por una parte, porque tal cláusula establecía una exoneración genérica y poco clara (relevaba a la financiera “*de las responsabilidades*

<sup>894</sup> En el mismo sentido resuelve el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de febrero de 2000 [RJ\2000\621] respecto de la falta de documentación accesoria a un camión hormigonera sin la que no se había podido utilizar: “*la cláusula de subrogación y de exención de responsabilidad de la entidad de leasing puede ser de aplicación en caso de vigencia de la relación jurídica derivada del contrato pero no en el supuesto presente en que la relación jurídica (relación de hecho regulada por el derecho que la hace devenir relación jurídica) no ha llegado a iniciarse*”.

<sup>895</sup> Esta sentencia está confirmada por la del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2011 [RJ\2011\2615].

<sup>896</sup> El comprador se compromete a pagar todos los gastos en los que se incurra una vez puesta la mercancía en el puerto de embarque. Por tanto, es el comprador el que corre con los daños que el bien pueda haber sufrido durante el transporte.

*derivadas del mismo [el contrato]”); por otra, y la principal, porque “no se pactó una correlación como exige el Tribunal Supremo que es la cesión de acciones a la arrendataria. Por tanto no se puede admitir aún en la hipótesis de que lo pretendido fuera pactar la no responsabilidad “por no entrega”, es decir, eximirla de la obligación consustancial al leasing de entregar la mercancía adquirida por ese sistema de financiación”<sup>897</sup>.*

Así las cosas, parece claro que debe constar expresamente la cláusula de exoneración de responsabilidad respecto de la entrega –sin que pueda confundirse este pacto con aquél en el que lo que se pretende eludir es la responsabilidad por vicios o defectos ocultos, que podrá surtir efectos una vez que se haya producido la entrega de la cosa- y que debe ir de la mano con una cesión de las acciones correspondientes a favor del arrendatario financiero. La no intervención del arrendador en la elección del bien dado el carácter meramente financiero de su participación y la ausencia de desprotección del arrendatario gracias a su subrogación en todas sus acciones frente al vendedor, hacen admisibles este tipo de cláusulas de exoneración de responsabilidad<sup>898</sup>.

Por tanto, la clave aquí para admitir la validez de una cláusula de limitación de responsabilidad impuesta al empresario adherente pasa por la existencia de un mecanismo de compensación que reequilibre la posición de las partes –la subrogación en los derechos frente al vendedor o suministrador-.

Este planteamiento es el que ha quedado positivizado en la solución del artículo 576-2 del Anteproyecto de Código mercantil al facultar al arrendatario para exigir al proveedor del activo objeto del arrendamiento financiero el cumplimiento de sus obligaciones como si “*fuera parte del contrato de adquisición del activo y éste tuviera que entregarse directamente a dicho arrendatario*”. Sin embargo, prevé la posibilidad de que el contrato no incluya esta cláusula, en cuyo caso, “*el arrendador deberá prestar su colaboración para que pueda exigirse el cumplimiento de las obligaciones del proveedor en beneficio del arrendatario*”, previsión un tanto abstracta y genérica (“*prestar su colaboración*”) si no fuera porque se complementa con una garantía: “*siendo en otro caso [el arrendador] responsable frente al*

---

<sup>897</sup> El Tribunal (con cita de otra sentencia de 3 de febrero de 2000 [RJ\2000\621]), reconoce que aunque es el proveedor el que debe entregar el bien eso no implica que el arrendador financiero se libere de la responsabilidad de la no entrega: es cierto que no responderá de los defectos de funcionamiento o vicios si así se ha pactado y existe la correlativa cesión de acciones pero para quedar exento de esa responsabilidad lo primero que tiene que suceder es que haya habido entrega, “*porque solo a partir de ahí es cuando se inicia la relación*”.

<sup>898</sup> Cfr., también, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las cláusulas de exoneración...”, op. cit., p. 45; COSTAS RODAL, L., “El leasing...”, op. cit., p. 3001.



*arrendatario del incumplimiento de las obligaciones del proveedor*” (artículo 576-2.1). En términos similares se manifiesta el apartado 3º del mismo precepto respecto de las obligaciones del proveedor y “*las consecuencias que deriven de su incumplimiento, anteriores o posteriores a su entrega*”: serán exigibles por el arrendatario como si fuera parte del contrato de adquisición y existe al respecto una obligación de colaboración por parte del arrendador.

- Por su parte, la *cláusula mediante la que la sociedad de leasing no asume los riesgos derivados del deterioro o pérdida fortuita de los bienes* conduciría a una situación en la que el usuario debería seguir pagando a la sociedad de *leasing* las cuotas por el uso de un bien del que, en la realidad, no puede gozar porque ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor. En su momento puso de relieve CABANILLAS<sup>899</sup> su contradicción con el carácter bilateral del contrato de arrendamiento -pago de la renta a cambio de uso del bien- o con la configuración del contrato de compraventa –el que soporta el riesgo de la pérdida es el propietario, que, en este caso, sería la sociedad de *leasing* y no el usuario-. ALFARO atribuye al usuario los riesgos de pérdida o destrucción fortuita de la cosa tras su entrega, con la consiguiente obligación al pago de las cuotas<sup>900</sup>.

De este modo resuelve también la cuestión el Anteproyecto de Código mercantil pues el artículo 576-3 incluye como única obligación del arrendador financiero –una vez entregada la cosa conforme y sin perjuicio de la necesaria subrogación del arrendatario en las acciones frente al vendedor- la de asegurar al arrendador la pacífica posesión del activo arrendado “*sin asumir ningún otro tipo de responsabilidad o gasto en relación con dicho activo*”. Y, desde el lado opuesto, obliga al arrendatario a soportar, entre otros, “*todos los riesgos inherentes al mismo [activo], que no podrá repercutir al arrendador ni le dispensarán de la obligación de satisfacer las cantidades previstas en el contrato*”.

Sin embargo, tal y como apunta CABANILLAS<sup>901</sup>, parece que el posible problema de licitud que plantea esta cláusula vendría solucionado por una práctica habitual en los

<sup>899</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., pp. 106.

<sup>900</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Leasing (D.º Mercantil)”..., op. cit., p. 3918. Puede el arrendatario, apunta el autor, resolver el contrato por frustración de su fin, abonando el precio total del bien, entre otros, y consiguiendo una reducción del pago de intereses por pago anticipado. También PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Arrendamientos mercantiles...”, op. cit., p. 591, atribuye al usuario los riesgos por la pérdida o deterioro del bien, del mismo modo que lo hace GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Leasing financiero mobiliario: contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 106.

<sup>901</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., pp. 106 - 107; “La configuración del arrendamiento financiero...”, op. cit., pp. 1010 – 1011.

contratos entre empresarios, en general, y en los de *leasing*, en particular: el aseguramiento del bien objeto del mismo. Efectivamente, SALELLES<sup>902</sup> advierte que es frecuente en las relaciones entre empresarios que tanto quien pretende la eficacia de la modificación convencional de responsabilidad como quien se opone a ella estén asegurados. En este sentido, le otorga relevancia al hecho de que exista el seguro de cara a valorar la eficacia de las exclusiones o limitaciones de responsabilidad: “*quien tiene la posibilidad de transferir el riesgo que asume en virtud de lo contractualmente estipulado a un tercero por medio del seguro no podría oponerse a la eficacia de la exclusión o limitación de responsabilidad*”.

El funcionamiento de este seguro como garantía de la existencia de un equilibrio entre las partes en el caso de pérdida fortuita del bien y aún con la inclusión de una cláusula de exoneración de responsabilidad a favor de la sociedad de *leasing*, tal y como lo describe CABANILLAS<sup>903</sup>, consistiría en el aseguramiento del objeto, siendo el arrendador el beneficiario del seguro pero limitando el destino de lo recibido de la entidad aseguradora a la reposición del bien siniestrado –para evitar, así, un enriquecimiento injusto-. Solamente se mantendría el equilibrio si la obligación del pago de las cuotas correspondientes al *leasing* se corresponde con aquellos períodos en los que el usuario efectivamente goza del bien, esto es, una vez se haya repuesto<sup>904</sup>.

Lo dicho en este supuesto acerca de los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa es respaldado por la jurisprudencia. Entre otras, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2001 [JUR\2002\9304], que afirma como normal que en los contratos de *leasing*, a la vez que se desplaza el sistema normal de riesgos por la pérdida de la cosa (que correspondería al arrendador) hacia el arrendatario, se ofrezca la posibilidad de contratar un seguro para cubrir tal evento o –como sucede en el supuesto de hecho de la resolución- se le permita acogerse al seguro que ya tenía previamente establecido el arrendador. En esta segunda opción, y dado que la titularidad del seguro permanece en la persona del arrendador y no se nombra beneficiario al arrendatario, es necesario que el primero subrogue al usuario en los derechos derivados del contrato de seguro cuando se produzca el evento cubierto por el mismo o bien que ejercite en su propio nombre los derechos inherentes al contrato de seguro y descuenta de la cuota mensual el importe

---

<sup>902</sup> SALELLES CLIMENT, J. R., *Exclusión y limitación de responsabilidad...*, op. cit., pp. 343 – 344.

<sup>903</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., pp. 106 - 107; “La configuración del arrendamiento financiero...”, op. cit., pp. 1010 – 1011.

<sup>904</sup> Acerca de la obligación de concertar un seguro y su funcionamiento, también COSTAS RODAL, L., *El leasing...*, op. cit., p. 3011.

correspondiente al bien que se ha perdido. De otra forma, tal y como expone el Tribunal, se produciría un enriquecimiento injusto a favor del arrendador, que cobraría las cuotas –ya que el riesgo por la pérdida se le imputa al usuario- así como el importe del seguro, lo que haría de esta cláusula de exoneración de responsabilidad una cláusula “abusiva, contraria a la buena fe y a la reciprocidad de prestaciones que debe existir entre las partes, tal como apuntamos antes, pues debe entenderse que la arrendataria solo aceptó la severa agravación de su responsabilidad en cuanto que tal evento cubierto por un seguro”.

Aunque no se puede hablar de unanimidad en la jurisprudencia<sup>905</sup>, efectivamente, es habitual en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales encontrar el reconocimiento a estas cláusulas. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de abril de 1981 [TOL1.739.585], concibió como posible el pacto por el que se ceden los riesgos al arrendatario: “Mientras que en el “leasing operativo” la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario, en el “leasing financiero”, todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etc., del bien financiado, corren de cuenta del usuario, a quien incluso pueden incluso pueden alcanzar - si así se pacta- todos los riesgos, desde el relativo a la idoneidad del material para la explotación, funcionamiento y resultado (por subrogación convencional del usuario para el ejercicio de las acciones de saneamiento frente al vendedor), hasta el de pérdida por caso fortuito”. Posteriormente, se ha señalado que este tipo de cláusulas “son usuales y completamente normales en esta clase de contratos” (SAP Tenerife de 3 de febrero de 2001 [JUR 2001 134141]); en definiciones jurisprudenciales del contrato de leasing se ha dicho que la sociedad de leasing “asume un papel exclusivamente financiero: conserva la propiedad de los bienes como garantía de los eventuales incumplimientos contractuales, pero no asume los riesgos inherentes a esa propiedad, a cuyo efecto subroga al usuario en su posición frente al fabricante, que queda directamente vinculado con aquél en todo lo relativo al servicio propio del cliente”; el arrendatario, por su parte, “se compromete a cuidar diligentemente los bienes cedidos, dedicándolos al uso que se destinan y corre con los riesgos de pérdida o deterioro de derecho de inspección a favor de la sociedad de leasing, e impone a cargo del usuario la obligación de asegurar los bienes” (SAP Islas Baleares de 23 de julio de 2012

---

<sup>905</sup> Por ejemplo, la sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1997 [AS\1997\4296] establecía que “en el contrato de arrendamiento financiero la pérdida fortuita de la cosa arrendada o bienes de equipo libera al arrendatario-usuario de la obligación de pagar a la Sociedad de “leasing” las rentas o plazos no vencidos, de acuerdo con el carácter bilateral del contrato, por cuanto la causa del pago de la renta está en el goce de los bienes de equipo arrendados”.

[TOL2.633.957]); incluso se ha asegurado que “con la pérdida del vehículo el Banco no perdía su derecho a seguir cobrando las cuotas de leasing, ni el precio de la opción de compra” (respecto del leasing de un camión, la SAP Madrid 22 febrero 2005 [JUR\2005\111731])<sup>906</sup>. Eso sí, la idea del seguro para estos casos de pérdida o deterioro no culpables es recurrente en las distintas resoluciones.

La jurisprudencia, por tanto, da por válidas las cláusulas por las que el arrendatario o usuario es la parte contractual que debe asegurar el bien objeto del *leasing*. En la misma línea, pensamos que este tipo de cláusulas no tendrían que ser necesariamente “abusivas”. En principio, los riesgos de la pérdida o deterioro de la cosa no culpables deberían ser asumidos por la sociedad de *leasing*. Obviamente es así en lo que al contrato de compraventa se refiere puesto que, una vez que el proveedor ha entregado la cosa al comprador –arrendador financiero- o directamente al arrendatario financiero, el comprador es el que soporta los riesgos (“*res perit domino*”)<sup>907</sup>. Pero también podría decirse respecto del vínculo entre la sociedad de *leasing* y el usuario por el que el primero cede el uso del bien al segundo, próximo en esencia a la idea de un contrato de arrendamiento: en éste, la regla tradicional es que el riesgo es para el arrendador (“*periculum est locatori*”) por ser la pauta más conforme con la estructura del negocio jurídico<sup>908</sup>. La sociedad de *leasing* disfruta de facultades beneficiosas de ser propietaria de la cosa –la propiedad como garantía- pero está trasladando algunas de las perjudiciales, como sería el hecho de tener que soportar los riesgos de pérdida o deterioro. Ahora bien, para valorar la razonabilidad de las cláusulas que típicamente se incluyen en los contratos de *leasing* y por las que el arrendatario financiero es la parte que soporta los riesgos derivados del deterioro o pérdida de la cosa, hay que tener en cuenta la estructura y finalidad particulares del negocio jurídico que nos ocupa. No estamos hablando de un contrato de arrendamiento *stricto sensu* sino que se trata de un contrato peculiar de finalidad, como se ha apuntado anteriormente, esencialmente financiera. Es decir, el arrendador no tiene interés especial en el bien sino que lo adquiere a instancias y por instrucciones del arrendatario, para el que, en el fondo, resulta una suerte de vía de financiación (recordemos que se ha vinculado al *leasing*

---

<sup>906</sup> Es controvertido que no sea abusivo exigir, además del pago de las cuotas restantes, la cuantía de la opción de compra. Estamos con COSTAS RODAL, L., “El leasing...”, op. cit., p. 3011, cuando afirma que la cuantía de la indemnización del seguro no tiene por qué cubrir el precio de la opción puesto que el arrendatario financiero tiene una plena libertad para ejercerla o no, libertad que quedaría desvirtuada si se incluye esta cantidad.

<sup>907</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., p. 112.

<sup>908</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 283. En este caso, lo más justo es que se libere de la vinculación contractual y de la obligación de pago de las rentas al arrendatario.

también con la compraventa a plazos o con el préstamo). El usuario está pagando una cuota por el uso del bien pero también “por algo más” que lo diferencia del arrendamiento: por la posibilidad de estar usando ese bien en concreto elegido por él y para él comprado por la sociedad de leasing así como por tener una opción de compra final, que valorará ejercitar o no según su conveniencia. Esta finalidad y configuración del contrato hacen que sea más equilibrada la posición de ambas partes respecto de lo que sería en un contrato de arrendamiento<sup>909</sup>.

Se ve clara la diferencia en este sentido con un contrato relativamente próximo, el *renting*. Habitualmente en este contrato el arrendador no solo se obliga a ceder el uso del bien que ha adquirido por petición del arrendatario y para él, sino también a una serie de prestaciones complementarias, entre las que se incluye el mantenimiento y el seguro –que corre a cargo, por tanto, del arrendador-<sup>910</sup>. Sin embargo, el *renting* no contempla, a diferencia del *leasing*, una opción de compra a favor del usuario, siendo lo normal que la sociedad de *renting* arriende nuevamente el bien o lo venda como bien de segunda mano –habiendo en muchas ocasiones ya desde el inicio un pacto en este sentido con el suministrador-. Tras el uso del bien durante el periodo establecido convencionalmente, el arrendatario debe devolverlo y solo podrá adquirirlo, en su caso, por un contrato independiente y al precio que esté en el mercado en ese momento. Por el contrario, en el caso del *leasing* –en el que, además, las reparaciones y mantenimiento corren a cargo del usuario-, se puede hablar de una cierta mayor vinculación del arrendatario con el bien –y, correlativamente, una menor por parte del arrendador- puesto que tiene la facultad de optar por su compra por el valor residual. De ahí que la causa del *leasing* no sea exclusivamente la cesión del bien por un tiempo determinado sino también la financiación de su adquisición. Mientras que dentro de la operación de *renting* recuperar el bien es importante para la sociedad arrendadora puesto que cuenta con un nuevo arrendamiento o con su venta, en el caso del *leasing*, el arrendador no tiene mayor interés en el bien que su función como garantía para la recuperación del valor del mismo y la retribución de su financiación. Esta diferente configuración puede explicar, entre otras cosas, por qué en un caso típicamente es

---

<sup>909</sup> Defendiendo los riesgos a cargos del arrendatario financiero, GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Leasing financiero mobiliario...*, op. cit., p. 106, fundamenta su argumentación en la ausencia de vinculación causal entre el uso del bien y el pago en el leasing, como contraposición al contrato de arrendamiento de cosa: las cuotas no representan la contraprestación al disfrute del objeto sino que engloban los conceptos de recuperación del coste del bien por la sociedad de leasing y la carga financiera.

<sup>910</sup> En general, para todo lo dicho en este párrafo acerca del *renting*, ver MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “Sobre el concepto y régimen jurídico del contrato de *renting*”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 3, 2010, pp. 11 y ss.

el arrendador el que asume la contratación del seguro *–renting–* mientras que en el otro, se suele pactar que sea el arrendatario *–leasing–*, sin que ese “pacto” sea significativamente desproporcionado a la vista de la estructura del contrato.

A modo de conclusión de las dos cláusulas del contrato de *leasing* arriba vistas, podría decirse que cabe trasladar los riesgos vinculados con la entrega del bien al usuario siempre que se le compense subrogándole en las acciones que el arrendador tiene frente al suministrador. En el caso de las cláusulas por las que se atribuyen los riesgos derivados del deterioro o pérdida fortuita de la cosa, y teniendo en cuenta la suscripción en la práctica de un seguro, no nos parece carente de justificación una cláusula por la que fuera el usuario el que asumiera esta obligación. En este caso, la razón no vendría dada por la existencia de una compensación sino por la propia configuración del contrato, que no es estrictamente una compraventa ni un arrendamiento sino que se aproxima más a negocio jurídico con finalidad financiera.

Como advertíamos, para un tratamiento sistemático de la cuestión, se expondrá lo relativo a la otra cláusula de exoneración de responsabilidad de presencia prácticamente constante en los contratos de *leasing*, la relativa a los vicios ocultos de los bienes o problemas de evicción, en el apartado correspondiente al artículo 1.485 II Cc. Adelantamos que, también en este caso, el elemento fundamental para la validez de este tipo de disposición será la subrogación del arrendatario en la posición del arrendador financiero respecto de las acciones que pudieran derivarse contra el proveedor o suministrador.

### ***c.2) Límites de las cláusulas de limitación de responsabilidad y condiciones generales***

De lo hasta aquí expuesto se puede deducir la importancia de la función de las cláusulas de modificación de la responsabilidad en la práctica<sup>911</sup>. No solo no es impensable imaginar un contrato entre empresarios en el que se contenga una cláusula de este tipo sino que, como

---

<sup>911</sup> Tan importantes que, recordamos, el ordenamiento jurídico inglés consta de una norma, la UCTA, cuyo ámbito objetivo de aplicación se refiere precisamente a las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad, las llamadas *exemption clauses*, sujetas al test de la razonabilidad. Nos remitimos al epígrafe correspondiente (Primera parte. Capítulo II. I. 3).

Sobre la importancia en la contratación internacional, RUIZ SUTIL, C., Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2013, p. 1448. Como expone la autora, estas cláusulas permiten que se lleven a cabo ciertas operaciones desarrolladas en sectores económicos sometidos a situaciones de inseguridad o con socios de países cuyos sistemas financieros aún no han alcanzado un nivel de estabilidad.

hemos tenido ocasión de ver, es totalmente habitual dado el carácter de instrumento de equilibrio en la economía interna del negocio jurídico que presentan estos pactos. JORDANO<sup>912</sup> exponía ya en su momento las ventajas que podían reportar, tanto al deudor como al acreedor, un pacto de reducción o agravación de la esfera de la responsabilidad. En el primer supuesto, siguiendo al referido autor, el deudor puede llevar a cabo una mejor gestión de su actividad a través de una previsión de sus riesgos más precisa, pudiendo el acreedor, por su parte, beneficiarse de una rebaja en la retribución que le compensa la disminución del grado de tutela que se le asegura legalmente a su derecho de crédito. Por el contrario, puede que al acreedor le interese especialmente reforzar la protección de su crédito aunque el coste –retribución– sea mayor, mientras que esa mayor contrapartida sea un incentivo para que el deudor no tenga inconveniente en asumir una posición más gravosa. Con anterioridad, GARCÍA AMIGO<sup>913</sup> había vinculado la finalidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad con la posibilidad de adquirir una cierta seguridad en los resultados previsibles en actividades con un alto riesgo y fomentar, así, el emprendimiento de actividades que redunden también, en última instancia, en beneficio de la sociedad en general. Igualmente a favor del uso de este tipo de cláusulas se ha seguido manifestando doctrina más reciente, como ÁLVAREZ LATA<sup>914</sup>, destacando la relevante función económica de las mismas o SALELLES<sup>915</sup>, en un trabajo centrado, precisamente, en la limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios.

Sin embargo, el hecho de que una limitación excesiva de la responsabilidad pudiera generar abusos por parte del deudor sobre el acreedor, hace necesario matizar su uso por encima de las ventajas de las mencionadas cláusulas. Si tenemos en cuenta que en la práctica este tipo de condiciones se insertan en los contratos por adhesión, el peligro de un atropello a la parte débil de la relación es todavía mucho mayor<sup>916</sup>. Podemos afirmar, por tanto, que el estudio

<sup>912</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones...”, op. cit., pp. 604 y ss.

<sup>913</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 20 y ss., 33 y ss.

<sup>914</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 1- 2.

<sup>915</sup> SALELLES CLIMENT, J. R., *Exclusión y limitación de la responsabilidad...*, op. cit., pp. 19 y ss.

<sup>916</sup> PINTO MONTEIRO, A., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 382 – 383, de hecho, sitúa a las cláusulas de exoneración en sentido amplio en la primera línea de las cláusulas que deben suscitar mayores reservas dentro de las condiciones generales de la contratación.

En este sentido opina DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 753 – 757. Respecto de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del deudor, la admisión inicial de las cláusulas de exoneración por culpa se exceptúa en el caso de que estén incluidas en condiciones generales predispuestas por el deudor: “*hoy no se discute que son uno de los casos más claros de “cláusulas abusivas” y que deben tenerse por no puestas. Así se deduce del artículo 10 LDCU*” (p. 755). Similar apreciación realiza al hilo de las cláusulas de limitación de responsabilidad mediante la determinación de los distintos supuestos a través de los que podrá darse (p. 756).

Para VINEY, G., “Rapport de synthèse”, en GHESTIN, J. (dir.), *Les clauses limitatives, ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, LGDJ, Paris, 1990, pp. 331 y ss.,

de la validez de las cláusulas de limitación de la responsabilidad es un estudio de, valga la redundancia, límites.

Límites incuestionables los constituyen los generales recogidos en el artículo 1.255 Cc. Uno de ellos, el propio artículo analizado en este apartado, el art. 1256 Cc: en algunos casos ya vistos, como las limitaciones relativas a ciertas obligaciones<sup>917</sup> y sin ninguna compensación ni justificación, son cláusulas que podrían ser consideradas nulas por dejar al arbitrio del predisponente el cumplimiento del contrato (véase el arrendatario que, ante la falta de entrega del bien por el suministrador y la exoneración en este sentido del arrendador, se ve indefenso ante el incumplimiento). Y ya en concreto referidos al ámbito de la responsabilidad, el dolo y la culpa grave, en virtud del artículo 1.102 del mismo texto, como Derecho imperativo que representa (precepto que enlaza, a su vez, con la ya citada interdicción de la arbitrariedad y el genérico orden público). Sin embargo, y como idea que se ha mantenido de forma constante a lo largo de todo el trabajo, el tipo especial de contratación que nos ocupa requiere avanzar un paso más en la protección de la parte débil. No parece que el dolo y la culpa grave o la interdicción de la arbitrariedad sean límites suficientes para garantizar que el predisponente no comete abusos mediante la inserción de cláusulas que limitan su responsabilidad. Son necesarios elementos que justifiquen un nivel mayor de restricción en el campo de lo que sería, en contratos negociados, Derecho disponible para las partes. Para ello, nos parece útil el recurso a una manifestación concreta del principio general de orden público, como es la “*tutela del derecho de crédito*”<sup>918</sup>. La aplicación de este principio de tutela es adecuada en el ámbito de las cláusulas de limitación de responsabilidad como límite a las mismas puesto que encarna una idea opuesta que puede representar un coto a extralimitaciones del deudor: un pacto que reduce excesivamente su responsabilidad puede afectar al nivel de tutela del crédito que debe garantizar el ordenamiento jurídico al acreedor en virtud del principio general de orden público. De nuevo aquí, como se hará en el análisis del artículo 1.102 Cc, se conecta la

---

no puede mantenerse en la actualidad el argumento de que las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad se aceptan porque, aunque representan una indudable perturbación del equilibrio del contrato en detrimento del acreedor, se presupone que éste ha dado su consentimiento tras una negociación y ante la existencia de una contrapartida que restablece el equilibrio. En la contratación mediante condiciones generales no es éste el procedimiento de contratación. Por eso, aunque es importante la seguridad de las relaciones contractuales –contrato como un instrumento para que las partes organicen sus intereses– no hay que perder de vista el elemento equilibrio del contrato, que está directamente amenazado por este tipo de cláusulas.

<sup>917</sup> Recordemos cómo en el Ordenamiento jurídico francés incluso se llega a recurrir a la figura de la ausencia de causa para declarar nulas limitaciones de responsabilidad si afectan a una “*obligation essentielle*” para la voluntad contractual.

<sup>918</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 609 y ss.; *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 63 y ss.



existencia de un mínimo de responsabilidad contractual con el concepto de orden público, “entendido” –en palabras de JORDANO- “como garantía de un mínimo de tutela del crédito, considerado como idóneo para satisfacer exigencias colectivas”<sup>919</sup>.

Pues bien, como se comentaba en el párrafo anterior, ese mínimo de responsabilidad innegociable que es necesario para mantener el interés de todo deudor en el cumplimiento de su obligación se tiene que ver reforzado en los contratos por adhesión (siguiendo el esquema deudor-predisponente, acreedor-adherente)<sup>920</sup>. Si se permite cierta modificación convencional de la atribución de riesgos sobre el argumento de la autonomía de la voluntad, parece obvio que cuando no existe tal libertad el límite que representa la tutela del acreedor debe ser más elevado puesto que su posición es objetivamente más débil. La regulación del contrato de transporte terrestre y marítimo expuesta someramente líneas arriba, que contiene normas protectoras expresas para los contratos por adhesión y, en concreto, respecto de la responsabilidad del porteador, nos puede dar una idea de que la intención del legislador ha caminado en este sentido: tanto por la especificidad de la materia como por la indefensión que se puede producir en los múltiples contratos en masa utilizados en el sector, ha sido consciente de la necesidad de un plus de protección<sup>921</sup>. Asimismo, el detenido análisis al que doctrina y jurisprudencia –ante la falta de normativa al efecto- ha sujeto la configuración de aquellas cláusulas en las que el arrendador financiero se exonera

<sup>919</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., p. 609. De hecho, el orden público ha sido el criterio al que más ha recurrido la doctrina para la justificación de limitaciones en el ámbito de cláusulas modificativas de la responsabilidad.

Aunque CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1101”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, p. 393, desvincula la norma con la tutela del crédito en la medida en que, a diferencia de la acción de cumplimiento del artículo 1096 Código civil y la de resolución contenida en el artículo 1124, no se trata de una acción específica de garantía del crédito sino que tutela la satisfacción de la utilidad económica que el acreedor cifró en el contrato.

<sup>920</sup> Ya GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 141 y ss., apuntaba la virtualidad de la figura de orden público, en su versión de orden público económico, como límite imperativo que hace inoperantes e ineficaces las cláusulas de irresponsabilidad contenidas en las condiciones generales de un contrato (“siempre que el predisponente de las condiciones generales donde aquéllas se contienen goce de una posición de monopolio”, añade el autor, p. 167), reconociendo la especialidad de este tipo de contratos. En similar sentido se manifiesta JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 659 y ss., de límites específicos de validez para las cláusulas limitativas contenidas en “formularios de contratos de condiciones generales”, del mismo modo que ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 119 y ss., resalta la necesidad de barreras más estrictas para las limitaciones convencionales de la responsabilidad en el caso de que una de las partes sea un contratante débil. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 753 - 757, por su parte, al tratar la modificación convencional del régimen de la responsabilidad del deudor, es claro en cuanto a la admisibilidad diferenciada de este tipo de pactos según si han sido establecidas en condiciones generales predispuestas por el deudor o contratos negociados.

<sup>921</sup> Tendremos ocasión de estudiar en los apartados correspondientes otros aspectos de la Ley de contrato terrestre de mercancías que suponen un avance en la protección de la parte débil del contrato, en cuanto a la fijación del precio y a la demora en el pago del mismo cuando de condiciones generales de la contratación se trate, en línea con la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

de responsabilidad en los contratos de *leasing* –negocios jurídicos articulados mediante condiciones generales en la mayoría de los casos-, es una muestra de que no todo vale en la transmisión de riesgos en los contratos y, mucho menos, en los no negociados.

Esto no implica pasar por alto las ventajas que puede conllevar la inclusión de cláusulas que alteren la responsabilidad y eliminar toda posibilidad de modificación en este sentido. Simplemente significa exigir un mayor control para que sea aceptable la limitación de responsabilidad de tal forma que su uso no suponga realmente un abuso para la parte adherente. Y la justificación, recordamos, se encuentra en la tutela del crédito. O, incluso pensando en el régimen de la responsabilidad más como una normativa que pretende mantener intacto el patrimonio del acreedor que se ve dañado por un incumplimiento de la contraparte, está justificado en la idea de justicia conmutativa<sup>922</sup> (orden público económico, en ambos casos). No solo las partes tienen un interés privado en las modificaciones de responsabilidad sino que también hay un interés general por parte del ordenamiento jurídico en que el contrato funcione bien como intercambio de bienes y servicios<sup>923</sup>. Y de nuevo, por eso, uno de los parámetros que mejor encaja para valorar la admisibilidad de una cláusula de limitación de responsabilidad sería la idea de un equilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Si, como se ha expuesto a lo largo del epígrafe, la verdadera función de las cláusulas de modificación de la responsabilidad es el equilibrio de la economía interna del contrato, éstas solo serán admisibles cuando realmente exista tal simetría. Así, las normas que regulan la responsabilidad contractual, aún de naturaleza dispositiva, tienen una especial fuerza puesto que no son reglas secundarias o accesorias sino que se encargan de distribuir los derechos y deberes entre las partes y de ellas se pueden extraer principios generales del Derecho que las convierten, en cierta medida, en no disponibles sin más<sup>924 925</sup>.

---

<sup>922</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., p. 681.

<sup>923</sup> “Hay, pues, un interés general a que los contratos se cumplan y se cumplan bien, razón por la cual no deben estimularse comportamientos descuidados o negligentes [...]” (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las cláusulas de exoneración...”, op. cit., p. 36). JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., p. 608, había remarcado la necesidad de no quedarse en una visión singular de cada contrato sino tener una consideración colectiva de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad.

<sup>924</sup> Como origen, la idea de DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos...”, op. cit., pp. 333 – 334. A raíz de ahí, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición del contenido...”, op. cit., p. 682; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177, julio – septiembre, 1985, p. 480. En concreto, aplicado a las modificaciones de la responsabilidad contractual, *cfr.* JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 680 – 681; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las cláusulas de exoneración...”, op. cit., p. 37.

Es evidente la importancia que tiene esta argumentación en los contratos mediante condiciones generales y, en lo que aquí importa, en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Una cláusula introducida por el deudor predisponente que limita el remedio de la indemnización por daños y perjuicios del acreedor adherente – reiteramos, dentro de los límites del Derecho dispositivo-, no será válida siempre. Para que esa renuncia a la facultad que le está concediendo el ordenamiento jurídico de verse resarcido en los daños generados por un incumplimiento no sea abusiva, tiene que estar respaldada por una justificación objetiva. Justificación que, a nuestro juicio, puede venir bien por la vía de una compensación a la merma de los derechos del acreedor, bien por la especial configuración o estructura del negocio jurídico en cuestión, es decir, que teniendo en cuenta un análisis del contrato en su globalidad, se aprecie una relativa proporción entre las posiciones de ambas partes y una razón para el traspaso de responsabilidad, de tal modo que no sea contrario a la buena fe. En el fondo, ambas opciones provienen de la misma idea, que es la del equilibrio: el ejercicio de valoración global del contrato no pretende sino comprobar la existencia de posiciones equilibradas entre las partes, lo que viene a coincidir con el resultado buscado con la fórmula limitación – compensación.

Por ejemplo, no hay una justificación objetiva para la exoneración de responsabilidad ni equilibrio entre las obligaciones de las partes en el supuesto de hecho objeto de la SAP de Asturias de 29 de octubre de 1993 [AC\1993\2013]. La Audiencia conoce de un contrato de adhesión en virtud del cual una entidad expide una tarjeta que permite al titular solicitar carburante en unas determinadas estaciones con su presentación, girando mensualmente las gasolineras a la entidad el importe de lo consumido y ésta a su vez lo factura al usuario<sup>926</sup>. En caso de pérdida o sustracción, el titular lo comunicará de forma inmediata pero *“en todo caso y dado el tiempo que se hace necesario para poner en conocimiento de toda la cadena la anterior circunstancia, el titular responde de los suministros y servicios que puedan obtenerse con dicha tarjeta durante los 20 días siguientes a la recepción de la notificación de pérdida o sustracción”*, tal y como reza una de las cláusulas del contrato. El órgano jurisdiccional entiende que esta exoneración de responsabilidad vulnera el principio de la regulación equilibrada de los contratos, es contraria a la buena fe y es incompatible con los criterios inspiradores de la disciplina positiva que esa cláusula deroga: por una parte y a la

---

<sup>925</sup> Recordamos incluso la doctrina Chronopost francesa y la argumentación de la invalidez de una cláusula limitativa de responsabilidad por la entrega fuera de plazo en un contrato de transporte a través de la figura de la causa –ausencia de ella, en concreto-.

<sup>926</sup> No especifica la sentencia si el titular de la tarjeta era consumidor o no aunque parece que no afecta al razonamiento.

vista de los medios tecnológicos de comunicación existentes, carece de justificación la previsión exonerativa; por otra, es de valorar que, al contrario del rigor que ha de sufrir el titular de la tarjeta, la obligación correlativa de la empresa predisponente de controlar la titularidad de las tarjetas es contemplada con una gran permisibilidad pues “*conforme a la cláusula 4ª los empleados de las diversas gasolineras de la cadena no están obligados a efectuar las comprobaciones cuya omisión da lugar a situaciones como la de autos, sino que simplemente están “facultados” para realizarlas*”.

El planteamiento de la existencia de una compensación como justificación objetiva lo hemos visto en el caso del *leasing* y la exoneración de responsabilidad por la falta de entrega del bien, retraso o falta de conformidad. Como sabemos, la cláusula, en general, se admite siempre que vaya acompañada de una cesión al arrendatario de las acciones que el arrendador financiero-comprador tenga por este motivo contra el proveedor. De este modo, se entiende protegida la posición de la parte débil. A su vez, esto se relaciona con la dinámica del contrato: tiene sentido que el arrendador, en ejercicio de su función netamente financiera, pueda querer desvincularse de algún modo de los problemas de la entrega del bien por el proveedor pues es probable que sea éste –elegido en muchas ocasiones por el propio arrendatario- el que directamente lo entregue sin mediación del arrendador<sup>927</sup>.

Y es que la configuración de las obligaciones y derechos de las partes en el contrato concreto es relevante. El predisponente siembre buscará aligerarse de responsabilidad pero topará con un límite cuando la exoneración o limitación de las obligaciones haga peligrar la finalidad del contrato<sup>928</sup> o tenga tal entidad o respecto de tales obligaciones que sea claramente contraria a la buena fe.

Un ejemplo lo encontramos en el contrato de aparcamiento –contrato típicamente de adhesión<sup>929</sup>-. Antes de que se regulara por la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, eran comunes cláusulas en las condiciones generales por las que el garajista intentaba relevarse de

---

<sup>927</sup> En este sentido, nos parece expresiva y, en cierta medida trasladable, la idea que subyace en la identificación que lleva a cabo MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1982, p. 647, del contacto que han tenido con la cosa vendedor y comprador como uno de los factores de hecho a ponderar para la aplicación práctica de la regla de la imputación de responsabilidad por vicios ocultos.

<sup>928</sup> En relación con la destrucción de la esencia del vínculo jurídico, GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 34 – 38; acerca de la eliminación de ciertas obligaciones que compromete la realización misma de la finalidad típica del contrato, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual...*, op. cit., p. 325; respecto del contrato de seguro y el riesgo de vaciado de la obligación contractual al hilo de las cláusulas delimitativas y limitadoras de la responsabilidad, ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 295 – 296.

<sup>929</sup> HERRADA ROMERO, R. I., *El contrato de garaje*, Edersa, Madrid, 2001, pp. 91 y ss.

responsabilidad por daños que podrían ser consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones hacia el usuario (como aquellas en virtud de las que, por ejemplo, no respondía del robo del vehículo o los objetos contenidos en él)<sup>930</sup>. La conocida sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1996 [RJ\1996\7638]<sup>931</sup> vino a ratificar que estaban incluidos dentro del contrato los deberes de vigilancia y custodia de los vehículos estacionados como consecuencia de la integración mediante la buena fe del artículo 1258 Código civil, pues no se trata simplemente de una mera cesión temporal del espacio de la plaza de aparcamiento.

Así, habrá que estar a las obligaciones y deberes básicos de los contratos para determinar si una exoneración puede ser admisible o no. Por ejemplo, también en la contratación electrónica de servicios de inversión son habituales las cláusulas mediante las que los bancos intentan eximirse de responsabilidad por errores de todo tipo. En este caso, hay que atender al estudio de los negocios jurídicos implicados (compraventa de valores y otros contratos accesorios de los que requiere, como la comisión, depósito o administración de valores) haciendo una interpretación conjunta de las obligaciones de las partes<sup>932</sup>. Pues bien, algunas de las cláusulas que las entidades de crédito incluyen en los formularios contractuales tienen como objetivo liberarles de responder por daños consecuencia de defectos técnicos o informáticos acaecidos durante y después del proceso de contratación electrónica, alegando que se trata de hechos de fuerza mayor (errores informáticos) y actos de terceros (intermediarios) por los que no deben responder. Hay un primer límite del clausulado contractual que se encuentra en las obligaciones derivadas de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios propia de los *brokers on line*, tales como actuación diligente (incluidas las referentes a cuestiones técnico-informáticas), respeto a las instrucciones recibidas y anteposición del interés patrimonial del cliente al propio<sup>933</sup>. Esto implica la obligación de adoptar medidas adecuadas para garantizar la regularidad en la prestación de sus servicios aun en el caso de incidencias. Se trata de profesionales que emplean estos mecanismos para sus negocios y son los que deberían soportar los riesgos derivados y no

---

<sup>930</sup> *Ibidem*, pp. 115 y ss.

<sup>931</sup> En el mismo sentido, STS de 8 de mayo de 2005 [RJ\2008\2961] y SAP Murcia de 20 de noviembre de 2008 [JUR\2009\145206]. Respecto del contrato de amarre de embarcaciones en términos similares, SAP Valencia de 30 de diciembre de 2009 [JUR 2010\150362].

<sup>932</sup> Por ejemplo, los deberes de fidelidad, consulta e información, custodia y conservación o lealtad de los *brokers on line* o los de guarda y conservación de los títulos depositados sin servirse de ellos, su administración y restitución, respecto del intermediario de servicios de inversión –como depositario de valores-. Al respecto, analiza este tipo de cláusulas GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La operativa de los *brokers on line* y las cláusulas de exoneración de responsabilidad en la contratación electrónica de servicios de inversión”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 8, primer semestre, 2011.

<sup>933</sup> *Ibidem*..., op. cit., p. 16. Sin perjuicio, claro está, de la legislación de consumidores cuando el cliente entre dentro de su ámbito de aplicación.

traspasarlos a los clientes que no han tenido ninguna participación en el daño causado<sup>934</sup>. Parece a todas luces un comportamiento contrario a la buena fe.

Otro contrato en el que los problemas más frecuentes son los relacionados con la responsabilidad es un contrato entre empresarios y típicamente de adhesión: el contrato de asistencia en tierra o *handling*<sup>935</sup>. En general, se contrata con un modelo estandarizado a nivel internacional al que las partes se remiten de forma abreviada<sup>936</sup>. En línea con el párrafo anterior, se ha dicho que aquellas cláusulas que permitan exonerarse de responsabilidades derivadas de deberes de confidencialidad o del cumplimiento de indicadores de calidad o valores de referencia de la IATA, podrían ser vistas como contrarias a la buena fe<sup>937</sup>. En cualquier caso, las fuentes de responsabilidad más frecuentes son los daños materiales o personales y los retrasos generados a pasajeros, equipajes o carga que transporta la compañía y ocasionados en la prestación de los servicios de asistencia en tierra. La cláusula 8ª del modelo estándar SGHA contiene el régimen de responsabilidad del prestador de servicios que, básicamente, consiste en su exoneración para una serie de perjuicios dejando a salvo los casos de dolo<sup>938</sup>. Se trata de un sistema de responsabilidad muy favorable para el prestador de

---

<sup>934</sup> “Lo importante en este punto es subrayar la responsabilidad negocial en que incurre quien emplea estos mecanismos. En efecto, la doctrina del riesgo profesional impediría, en nuestra opinión, que los defectos pudieran ser calificados como hechos de fuerza mayor o debidos a terceros. Son las entidades bancarias quienes se benefician de la utilización de estos instrumentos (rapidez de gestión, reducción de costes y ahorro de personal), por lo que deberían soportar los riesgos derivados de su uso” (ibídem, p. 12) “La mala praxis de aquellos en quienes haya delegado la entidad” apunta el autor, “no es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor” (p. 18).

<sup>935</sup> Se trata de un contrato de prestación de servicios concluido entre una compañía aérea y una empresa especializada (a la que denominaremos “agente”) que tiene por objeto la realización por parte de esta última de una serie de actividades precisas para el desarrollo del transporte aéreo, durante las fases previas al despegue y posteriores al aterrizaje – mantenimiento de la nave, traslado de pasajeros, servicios de catering, tareas de administración y supervisión, control de la carga y descarga del avión, etc- (ARIAS VARONA, F. J., “La asistencia en tierra en los aeropuertos (“Handling”) y la responsabilidad del prestador del servicio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 271, enero – marzo, 2009, pp. 144 – 145, en especial; MORILLAS JARILLO, M. J.; GONZÁLEZ FORNOS, M., “El contrato de handling, El arrendamiento de servicios”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (II)*, tomo V, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 43 y ss.).

<sup>936</sup> El modelo es el denominado *Standard Ground Handling Agreement* (SGHA) elaborado por la IATA. En general, la empresa de handling no redacta el contrato por ella misma sino que se remite a este modelo, falta de autoría que no impide que siga cumpliendo con los requisitos del artículo 1 LCGC y sean consideradas condiciones generales cuando se imponen a la compañía aérea que solicita sus servicios.

<sup>937</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Análisis jurídico sobre la adecuación de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de handling a los límites dados desde el ámbito jurídico internacional y europeo”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 289, julio – septiembre, 2013, pp. 293 y ss.

<sup>938</sup> En la versión de 2013, el artículo 8.1 dispone que: “[...] *the Carrier shall not make any claim against the Handling Company and shall indemnify it (subject as hereinafter provided) against any legal liability for claims or suits, including costs and expenses incidental thereto, in respect of: (a) delay, injury or death of persons carried or to be carried by the Carrier; (b) injury or death of any employee of the Carrier; (c) damage to or delay or loss of baggage, cargo or mail carried or to be carried by the Carrier, and (d) damage to or loss of property owned or operated by, or on behalf of, the Carrier and any consequential loss or damage; arising from an act or omission of the Handling Company in the performance of this Agreement unless done with intent to cause damage, death, delay, injury or loss or recklessly and with the knowledge that damage, death, delay, injury or loss would probably result. Provided that all claims or suits arising hereunder shall be dealt with by the Carrier; and Provided also that the Handling Company shall notify the*

los servicios en tierra, habiendo sido objeto de análisis en este sentido por algunos autores<sup>939</sup> y algunas resoluciones. Es el caso de la STS de 14 de julio de 2005 [RJ\2005\9617] y las SSAP de Madrid de 20 de septiembre de 2002 [JUR\2003\23128] y de 14 de mayo de 2004 [AC\2004\1720]. En todas ellas la compañía aérea es la que interpone demanda contra la empresa de handling reclamando la invalidez de la cláusula exoneratoria de responsabilidad y, como consecuencia, el pago de la indemnización correspondiente a los daños que causó la entidad de asistencia en tierra en el ejercicio de sus funciones (daños en dos aeronaves por colisión de un tractor y un remolque; avería en una aeronave por el golpe de un camión cisterna que abastecía de agua al avión; daños en tres aviones consecuencia de las operaciones de carga y descarga). En los tres casos, a pesar de reconocer el carácter de adhesión del contrato y la posición posiblemente más débil de la compañía aérea respecto de la empresa de handling, se considera válida la cláusula de exoneración de responsabilidad porque el contrato contiene también una cláusula de exoneración similar pero a favor de la compañía aérea<sup>940</sup>. De nuevo el argumento para aceptar la cláusula es la existencia de un equilibrio: “*Se trata de una cláusula que beneficia o perjudica a ambas partes por igual*”, señala la SAP de Madrid de 20 de septiembre de 2002 tras el siguiente razonamiento:

*“Fundada dicha exención de responsabilidad en el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código civil), aunque admitamos, por las características del contrato, que el mismo, en lo que se refiere a las cláusulas del contrato principal o normalizado, no fue objeto de negociación individualizada, no se hallan en las disposiciones del artículo 8 sobre exención de responsabilidad razones para considerarlas desprovistas de causa para el interés de una de las partes contratantes, o con causa ilícita, contrarias a la buena fe, unilateral y abusivamente impuestas a una de las partes que se vio forzada a aceptarlas o productoras de un gran desequilibrio entre las partes contratantes, situaciones que conducirían a la nulidad pretendida por la actora, conforme al régimen general de*

---

*Carrier of any claims or suits without undue delay and shall furnish such assistance as the Carrier may reasonably require”* (nos centramos en la responsabilidad frente a la compañía aérea aunque también hay preceptos dedicados a regular la responsabilidad frente a terceros).

<sup>939</sup> Entre ellos, ARIAS VARONA, F. J., “La asistencia en tierra en los aeropuertos...”, op. cit., 151 y ss. MORILLAS JARILLO, M. J.; GONZÁLEZ FORNOS, M., “El contrato de handling...”, op. cit., pp. 67 y ss., señala cómo el régimen que privilegiaba al operador de handling a la vista de la intensidad del riesgo de cada una de las partes, se ha ido modificando con las distintas versiones del modelo SGHA en el sentido de incrementar su responsabilidad.

<sup>940</sup> En la versión de 2013, el artículo 8.4 dispone que: “*The Handling Company shall not make any claim against the Carrier and shall indemnify it (subject as hereinafter provided) against any legal liability for claims or suits, including costs and expenses incidental thereto, in respect of: (a) injury to or death of any employees of the Handling Company, its servants, agents or subcontractors; and (b) damage to or loss of property owned or operated by, or on behalf of, the Handling Company and any consequential loss or damage; arising from an act or omission of the Carrier in the performance of this Agreement unless done with intent to cause damage, death, delay, injury or loss or recklessly and with knowledge that damage, death, delay, injury or loss would probably result*”.

*nulidad contractual, al no ser aplicable al caso el artículo 8, apartado dos, de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación.*

*[...] El artículo debatido no afecta a la reciprocidad de las prestaciones o a la situación de igualdad de cada parte en cuanto a las consecuencias del incumplimiento por parte de la otra, toda vez que en iguales circunstancias y condiciones queda exonerada la compañía asistente en caso de daños causados al transportista como éste en caso de daños causados a la compañía asistente” (FFJJ 6º, párrafos 1º y 2º)*

Cambiando radicalmente de ámbito, el mismo argumento de la reciprocidad es utilizado por la STS de 24 de septiembre de 2013 [RJ\2013\7431] para descartar el carácter abusivo de un cláusula de exoneración de responsabilidad en un acuerdo de resolución contractual entre una empresa dedicada a las actividades de gestión y administración de construcción de viviendas y una cooperativa (“*Se procede a la ratificación por la Asamblea del presente acuerdo: quedará resuelto a todos los efectos el contrato de gestión que vincula a [...] con la cooperativa [...], no teniéndose nada que reclamar ninguna de las partes, ni judicial, ni extrajudicialmente [...]*”). Antes de recurrir al argumento de la falta de redacción del acuerdo con la intención de ser incorporado a una pluralidad de contratos –requisito del concepto de condiciones generales- y de constatar la cualidad de no consumidor de la cooperativa, el Tribunal rechaza el carácter abusivo de la cláusula en todo caso pues la exoneración de responsabilidad no se establece de forma unilateral para una de las partes sino bilateralmente para ambas y no comporta una renuncia unilateral y abstracta de los derechos de una de las partes, no siendo contraria, por tanto, al principio de buena fe ni de justo equilibrio.

En todo caso, el argumento de la reciprocidad de las cláusulas de exoneración hay que entenderlo *cum grano salis*, pues la bilateralidad formal puede no corresponderse con la material si las consecuencias de la exoneración tienen diferente repercusión para las dos partes por sus posiciones o la naturaleza de sus obligaciones o derechos que se pueden ver afectados. En el caso del contrato de handling lo deja entrever la citada SAP de Madrid de 20 de septiembre de 2002 (aunque, por falta de alegación y prueba, no se pronuncie sobre ello) al referirse a que la reciprocidad de la exoneración pactada pueda resultar “*ilusoria*” para el transportista y especialmente provechosa para la compañía de asistencia en tierra, por la naturaleza y valor de los bienes respectivamente de uno y otra expuestos a riesgo de deterioro en el curso de la ejecución del contrato. Efectivamente, entendemos que no es lo mismo el daño a un avión (más los correspondientes gastos en traslado, alojamiento y catering de los pasajeros, así como la contratación de nuevos vuelos de terceros, lucro cesante, etc.) que los daños que puede sufrir la empresa de handling, por ejemplo, en alguno de sus bienes –en general, de un valor económico considerablemente menor, véase, un autobús o un remolque-



<sup>941</sup>. Cosa distinta es que entren en juego también otras variables en la decisión, como, por ejemplo, la existencia de seguros que protegen a las partes frente a los riesgos, o el hecho de que las compañías aéreas puedan no casar del todo con el concepto de un empresario débil y desprotegido<sup>942</sup>. En cuanto al supuesto anteriormente mencionado de la STS de 24 de septiembre de 2013 (cláusula de exención de responsabilidad en un acuerdo de resolución contractual), a nuestro juicio, para concluir la no contravención de la buena fe y del equilibrio de derechos y obligaciones, puede tener un peso tan importante como la bilateralidad el hecho de que se trate de un acuerdo de resolución que responde a una “*función transaccional y liquidatoria de la relación negocial antecedente*”, y de ahí que, como señala el Tribunal, realmente no se esté renunciando de forma abstracta a derechos.

En conclusión, la protección a un adherente empresario débil frente a las cláusulas limitativas de responsabilidad a favor del predisponente tiene que venir dada por la garantía de un equilibrio en el contenido de las obligaciones y derechos de las partes. Equilibrio que, es de resaltar, no siempre va a ser sinónimo de reciprocidad en el clausulado pues en un contrato predispuesto en el que el adherente empresario tiene una posición de clara debilidad frente al predisponente o en un contrato en el que, además, los intereses afectados por las limitaciones de responsabilidad son de naturaleza muy diferente, de nada le sirve al adherente tener sobre el papel los mismos derechos que el predisponente si en la práctica no son equiparables para ambas partes los efectos de ejercitarlos. El equilibrio que se requeriría para la validez de estas cláusulas está supeditado a la existencia de una “contrapartida” a la modificación de responsabilidad o a una justificación basada en la propia estructura del negocio jurídico. Dado que se trata -el régimen de responsabilidad contractual- de una regulación en su mayor parte dispositiva y para todas aquellas cláusulas que supongan un desplazamiento de riesgo que no pudiera entenderse como contrario a los límites imperativos, pero que igualmente represente un perjuicio injustificado para el adherente empresario susceptible de ser protegido en contratos mediante condiciones generales, la vía que se propone para privarlas de efectos será la de considerarlas como contrarias a la buena fe del art. 1258 Cc. Dejamos aquí apuntada esta idea, que se completará necesariamente con lo dispuesto en el último Capítulo acerca de este principio general del Derecho.

---

<sup>941</sup> Como dice ARIAS VARONA, F. J., “La asistencia en tierra en los aeropuertos...”, op. cit., p. 164, nota núm. 40, “*aun reconociendo en general el mismo sistema de exoneración de responsabilidad, su utilidad para la compañía es indiscutiblemente menor que para el agente*”.

<sup>942</sup> Aunque respecto al control de inclusión, a un argumento parecido alude la SAP de Madrid de 20 de septiembre de 2002 al señalar que “*las contratantes son compañías aéreas, ambas con un potencial económico que les permite desarrollar sus actividades comerciales y a ambas cabe suponerlas debidamente asesoradas jurídicamente en aquellas transacciones necesarias para la debida explotación de sus industrias*”.

Si vamos a la Propuesta de Modernización de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, no encontramos una referencia expresa a las cláusulas limitativas de responsabilidad dentro del listado de cláusulas negras del artículo 1262.3, salvo las obvias de la responsabilidad por dolo o culpa grave del predisponente o sus representantes o auxiliares y las de responsabilidad por muerte o daños a la persona del adherente. Salvando estos casos y como venimos diciendo en líneas anteriores, estamos de acuerdo en que, a diferencia de la facultad de resolución –cuya privación, como veíamos, sí que aparece sancionada como cláusula abusiva en dicho listado- las cláusulas limitativas de responsabilidad en los contratos mediante condiciones generales no tienen por qué ser en todo caso contrarias a la buena fe o causar un desequilibrio significativo en perjuicio del adherente. Además, la cláusula general de la buena fe (y la presunción de abusividad de las condiciones que se aparten del Derecho dispositivo que se establece en el apartado 4º del precepto) conseguiría sobradamente la protección que se defiende en estas líneas. En sede de incumplimiento, la regulación dispositiva de las cláusulas de modificación de la indemnización de daños y perjuicios en la Propuesta se concreta en el artículo 1212 del texto. Éste, faculta a las partes para -salvo en los casos de limitación o exclusión de responsabilidad procedente de dolo-, *“ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente y de acuerdo con los preceptos correspondientes del Capítulo IV de este Título”*. Se da, por lo tanto, libertad a los contratantes para que pacten, con una remisión al Capítulo *“De las cláusulas penales”*, del que merece atención el artículo 1150. Como tendremos ocasión de ver al hablar de la moderación de las cláusulas penales, habilita al Juez para que modifique equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas pero también *“las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”*. Al hablar de modificar en general y no de reducir y al referirse a indemnizaciones desproporcionadas y no a “excesivas”, como en el caso de las cláusulas penales, igual se está pensando tanto en la posibilidad de que se reduzca una indemnización de una cuantía muy superior al daño causado como de que se intervenga en una demasiado pequeña (*“notoriamente desproporcionada”*), resultado de una modificación de la responsabilidad no equitativa<sup>943</sup>.

---

<sup>943</sup> No tiene ninguna relevancia en este caso la cita del Anteproyecto de Código Mercantil pues simplemente hace referencia a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento (Libro IV, Capítulo VIII, *“Del incumplimiento de los contratos”*, artículos 417.1 y siguientes) sin apuntar nada respecto de las cláusulas de modificación de responsabilidad, lo que es curioso dada la incidencia que tienen en la contratación mercantil este tipo de cláusulas.

Ya para terminar, también en textos de ámbito superior al nacional se observa preocupación por los efectos negativos de unas cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad abusivas, incluso fuera del ámbito de la contratación mediante condiciones generales, aunque con un matiz que veremos. Así lo demuestran, en primer lugar, los principios UNIDROIT, cuyo artículo 7.1.6 regula las cláusulas de exoneración no permitiendo invocar una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento “*si fuera manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato*”. Un enfoque similar persiguen los PECL con el artículo 8:109 permitiendo la exclusión o limitación de los medios de protección del crédito (medios de tutela) solo si no resulta “*contrario a la buena fe alegar dicha exclusión o limitación*” y el DCFR, que dispone en el artículo III.-3:105 respecto de los medios de tutela que “*una cláusula que excluye o limite un remedio frente al incumplimiento de una obligación, incluso si es válido y si no eficaz, teniendo en cuenta en particular las reglas de las cláusulas abusivas del Libro II, capítulo 9, sección 4, no será invocada nunca si fuera contraria a la buena fe y a la lealtad contractual*”. De nuevo queda patente el planteamiento de que no valen en todo caso las limitaciones de responsabilidad y los parámetros para hacer la valoración correspondiente son conceptos que se han mencionado en líneas anteriores: la lealtad, la buena fe y la finalidad del contrato. Sin embargo, estos artículos tienen en común que no aluden al contenido de las cláusulas de exoneración sino al comportamiento de la parte que pretende limitar su responsabilidad invocando la cláusula en unas circunstancias concretas. Por lo tanto, no es tanto que la cláusula en sí sea contraria a la buena como el hecho de hacerla valer<sup>944</sup>. Además de que se trata de una manera de reforzar la presencia de la buena fe<sup>945</sup>, que el control se haga sobre los hechos y no sobre la abusividad en sí de la cláusula, no significa que en los PECL y el DCFR valga todo contenido pues, como sabemos, en contratos no negociados existe un control material –también para empresarios adherentes- y que será de aplicación, por supuesto, a las cláusulas de limitación de responsabilidad.

<sup>944</sup> Coinciden en esto COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di Diritto europeo dei contratti* (a cura di CASTRONOVO, C.), Giuffrè, Milán, 2001, pp. 434 y ss.; GARDELLA TEDESCHI, B., “Article 8:109: Clause excluding or restricting remedies”, en ANTONIOLLI, L.; VENEZIANO, A. (ed.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 387; VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), *Principles, definitions and model...*, op. cit., pp. 818 – 819.

<sup>945</sup> El segundo apartado del III.-3:105 sería innecesario pues existe un deber general de ejercitar los derechos conforme a la buena fe y lealtad contractual pero se ha incluido para dejar claro el poder potencial que tiene el requisito de la buena fe en esa área (VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), *Principles, definitions and model...*, op. cit., p. 820)

### 1.1.v. Cláusulas que facultan unilateralmente a dar por terminado el contrato

Se trata, la facultad de extinción unilateral del contrato, de un supuesto que merece una atención especial en la medida en que la ineficacia del negocio jurídico provocada unilateralmente sería un ejemplo claro de situación en la que un contrato puede quedar al arbitrio de una de las partes. Si bien es cierto que existen en nuestro ordenamiento jurídico privado diversas figuras que permiten la ruptura unilateral del contrato –revocación, rescisión, resolución, desistimiento o denuncia-, no quiere decir que este grupo de supuestos suponga una excepción al principio enumerado en el artículo 1.256 Cc: cada una de esas figuras mencionadas tiene un fundamento que la justifica y unos presupuestos de aplicación.

VALPUESTA<sup>946</sup> analiza estas formas de ineficacia provocada unilateralmente del contrato en relación con el artículo 1.256 Cc. La revocación no supone una excepción al principio de prohibición del arbitrio en la esfera contractual, “*fundamentalmente, porque es una figura que no obra en esta esfera más que en caso de contratos (?) (sic) unilaterales (donación –en los Derechos que la admitan ad nutum-, ciertos casos de mandato, etc.)*”<sup>947</sup>. Por su parte, la rescisión tampoco supone un problema para el autor porque no opera por la libre voluntad del sujeto sino sólo en el caso de concurrir una lesión, cuya efectividad deberá ser apreciada por el órgano judicial, siendo ésta la justa causa de destrucción del contrato<sup>948</sup>. De la misma forma, la resolución no implica una admisión del arbitrio dentro del contrato pues siempre existe una justificación, unos supuestos concretos que legitiman el ejercicio de la resolución y que tienen su fundamento en un desequilibrio sobrevenido<sup>949</sup>.

El apartado 4 del artículo 85 TRLDCU, otorga una regulación diferente para determinar la abusividad de las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente el contrato, en función de la duración determinada o indefinida del mismo. Por otra parte, resalta una excepción a lo dispuesto respecto de este tipo de cláusulas: no serán abusivas si la resolución se prevé “*por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato*”. De

---

<sup>946</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad...*, op. cit., pp. 158 y ss. Según este autor, respecto de los supuestos citados, sólo podría haber arbitrio respecto de la resolución, en el caso de una cláusula resolutoria que excluyera el recurso judicial.

<sup>947</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 172. Por nuestra parte, pensamos que la ausencia de arbitrariedad viene dada, en el caso de la donación, por la existencia de unas causas tasadas que son las únicas que pueden dar lugar a su revocación (artículos 644 Cc y siguientes) y, en el caso del mandato, por ser un contrato basado esencialmente en un vínculo de confianza (revocación, artículo 1732 Cc). Y, en ambos casos, porque así lo dispone el legislador.

<sup>948</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 177.

<sup>949</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 186.

las diferentes variables que el legislador introduce para valorar la validez de las cláusulas que permiten la terminación unilateral del contrato en relaciones con consumidores, deriva la estructura de este epígrafe que pretende, sin embargo, un ámbito de aplicación subjetivo diferente, como es la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. Comenzando por los últimos supuestos citados, se verán los pactos que no presentan –en principio- muchos problemas en su relación con el artículo 1.256 Cc, como son aquellos fundados en el incumplimiento o causas graves y ajenas a la voluntad de las partes **(a)**. Dedicaremos unas líneas a un supuesto concreto que ha sido objeto de un amplio estudio por la doctrina y sobre cuya abusividad o no abusividad se ha pronunciado frecuentemente la jurisprudencia: las cláusulas de vencimiento anticipado. Por otro lado y con posterioridad, serán objeto de estudio las cláusulas que permiten el desistimiento unilateral sin que medie ninguna de las citadas razones, diferenciando el régimen de los contratos de duración indefinida respecto de los de duración determinada **(b)**.

#### **a) Facultad de resolución unilateral por incumplimiento o motivos graves y ajenos a la voluntad de las partes**

Justificación evidente tiene, como adelantábamos, la resolución por incumplimiento, posibilidad recogida en el artículo 1.124 Cc al señalar que “*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe*”. El quebrantamiento previo de la obligación por una de las partes es el elemento que descartaría la arbitrariedad prohibida en el artículo 1.256 Cc<sup>950</sup>.

---

<sup>950</sup> Sin perjuicio de un estudio jurisprudencial posterior, a modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Jaén, en su sentencia de 11 de abril de 2000 [AC\202\2000], entiende que la resolución de un contrato de agencia por parte de la compañía aseguradora así como la negativa a aceptar la gestión del agente en la contratación de pólizas a partir de ese momento, no es contraria al artículo 1.256 del Código civil porque se hace como reacción justificada al acreditado incumplimiento del agente de las obligaciones contractuales y contables establecidas en el propio contrato. El agente reclama la nulidad de la cláusula que le permite privarle de la gestión del cobro basando su postura en que el contrato queda al arbitrio de una de las partes y que se trata de una condición general en un contrato de adhesión. El órgano jurisdiccional responde negando que la cláusula se pudiera declarar nula porque “*no sólo constituye una previsión contractual válida entre profesionales del ramo de seguros que como expertos conocen, convienen y aceptan su contenido, sin que ninguna transgresión a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones pueda reconocerse cuando la misma sólo es plasmación contractual de una previsión legal y, además, se hace como reacción justificada [...] al acreditado incumplimiento*”. Recordemos que el artículo 26 de la Ley de Contrato de Agencia expresamente contempla la facultad de las partes de dar por finalizado el contrato pactado por tiempo determinado o indefinido en cualquier momento y sin necesidad de preaviso en los casos de incumplimiento parcial o total de las obligaciones establecidas por la Ley o convencionalmente.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de 8 de marzo de 2007 [AC\2007\1812]), al hilo de un contrato de arrendamiento de industria y abastecimiento de carburantes, no le reconoce a la estación de servicio la facultad de pedir la resolución del contrato y desligarse de la obligación del suministro en exclusiva porque no hay causa justa: no se aprecia incumplimiento de la otra parte (suministrador) en la medida en que una primera ausencia de suministro tiene carácter puntual y está motivada por una huelga –

Ahora bien, no cualquier incumplimiento da carta blanca para ejercer la facultad resolutoria. Como es sabido, la resolución se ha configurado como un remedio de carácter relativamente excepcional para cuya aplicación es requisito que el incumplimiento revista una cierta entidad, que suponga la frustración del interés económico o fin del contrato<sup>951</sup>.

---

avisada, por otra parte, para adelantar los pedidos- y la falta de suministro posterior tiene su origen en la falta de pago por adelantado exigida por REPSOL ante el impago de las anteriores partidas suministradas (resolución confirmada por el Tribunal Supremo, al desestimar el recurso de casación presentado contra ella en la sentencia de 9 de mayo de 2011 [RJ2011\3849]).

<sup>951</sup> Respecto a los presupuestos para la resolución por incumplimiento y, en concreto, acerca del incumplimiento resolutorio, por todos, *vid.* Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 816 y ss. Señalar también MONTÉS PENADES, V. L., “Comentario al artículo 1124...”, op. cit., pp. 1129 y ss.; CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos...*, op. cit., 337 p.; *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 13 y ss.; Comentario al artículo 1124..., op. cit., pp. 230 y ss.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, M. A., *La resolución por incumplimiento...*, op. cit., pp. 33 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos...*, op. cit., pp. 175 y ss.; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 1115 y ss.

Tras recordar los presupuestos de un incumplimiento resolutorio –que se refiera a una obligación principal y que sea grave, esto es, total y definitivo, en la medida en que frustre la finalidad del contrato, sin que pueda tratarse de un incumplimiento de una obligación accesorial pues no altera la relación de reciprocidad o interdependencia causal-, la STS de 2 de octubre de 2012 [RJ2012\10121], califica de grave incumplimiento del pacto de distribución en exclusiva la comercialización de vinos competidores pues afecta a la obligación principal y “*frustra la legítima expectativa de la demandada de incrementar las ventas en relación con la competencia*”. Y también valora el TS un contrato de distribución en la sentencia de 2 de octubre de 2012 [RJ2012\9710]: el fabricante resuelve el contrato ante la negativa de la distribuidora a devolver las cantidades indebidamente recibidas en concepto de envases, que excedían de la fianza que en su día había sido depositada para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, y la existencia de elevadas cantidades pendientes de pago. No se trata, concluye el Tribunal, de una resolución unilateral o arbitraria. De igual modo resuelve este órgano jurisdiccional en las sentencias de 18 de julio de 2012 [RJ2012\9332] –incumplimiento de la obligación esencial de pago por la franquiciada de las liquidaciones a la franquiciadora-; de 3 de enero de 2011 [RJ2011\293] –contrato de mediación de seguros en el que la correduría de seguros se niega a cumplir con una circular de la compañía aseguradora acerca de las órdenes de traspaso de fondos y facilita información inexacta a los inversores a favor de sus propios intereses y no de los de sus clientes-; y de 23 de junio de 2010 [RJ2010\4903] –impagos reiterados de mercancías en un contrato de distribución-.

También la jurisprudencia menor encontramos pronunciamientos. Anterior en el tiempo, un supuesto que el órgano juzgador considera como de frustración del fin del contrato es el recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de mayo de 1993 [AC\1993\1024]. Se trata de un contrato de franquicia en el que se han incumplido diversas prestaciones a la que venía obligada la franquiciadora por definición contractual. Existe una carencia de asistencia técnica, de unas adecuadas instrucciones comerciales y de comunicación de experiencias, que contrastan con la obligación de elaborar un manual de operaciones o de gestión que encauce las relaciones entre franquiciador y franquiciado. Por otra parte, no puede sostenerse que la campaña publicitaria se haya correspondido en medida suficiente a los compromisos contraídos en este tema por la franquiciadora. En cuanto a la prestación relativa al suministro del género a comercializar, de vital importancia para la iniciación y desenvolvimiento de la actividad comercial de la franquiciada, queda probado que la entidad franquiciadora incurre en graves incumplimientos de sus obligaciones contractuales que influyen de forma notable en el desarrollo de la fase de ejecución del contrato, impidiendo el normal desenvolvimiento de la actividad mercantil dentro del marco del sistema de franquicia convenido. Tal situación, señala la Audiencia, “*no puede menos que considerarse como de frustración del fin del contrato [...], como cierre de toda posibilidad de cumplimiento cuando por su extemporaneidad es ineficaz para satisfacer el fin previsto por los contratantes*”. Se entiende justificada, a la vista de lo expuesto, la resolución del contrato aunque, dado que algunas de las circunstancias que motivaron esa situación son extrañas a la voluntad de las partes contratantes y tienen una indudable repercusión en todo lo acontecido –crisis económico-jurídica de la socia italiana de la franquiciadora- y que también la parte franquiciada ha incumplido alguna de sus obligaciones, no cabe atribuir la responsabilidad de la frustración del fin del negocio a singulares incumplimientos. Se declara la resolución del contrato con efectos para el futuro ante la imposibilidad de continuar con su ejecución pero se atempera cualquier indemnización, en su caso.

Por tanto, no todo incumplimiento es un incumplimiento que justifica la resolución en el sentido del artículo 1.256. Esto tiene su importancia a la hora de analizar las posibles cláusulas mediante las que una de las partes pretende amparar su facultad para la terminación unilateral del contrato frente a cualquier incumplimiento de la otra. Por ejemplo, cláusulas que permiten al predisponente resolver el contrato pero tipificando supuestos de incumplimiento irrelevantes como graves. La posición del adherente se ve perjudicada y puede ser origen de un desequilibrio si no se regula la facultad de forma recíproca –y, quizás, aún en ese caso–.

Un ejemplo lo encontramos en el contrato de transporte terrestre de mercancías y las condiciones estandarizadas IRU<sup>952</sup>, cuya cláusula 7.1 permite al transportista negarse a efectuar el envío si el cargador no acepta las reservas del remitente. Cuestiona EMPARANZA<sup>953</sup> la legalidad de la cláusula pues la función de las reservas del porteador es advertir al cargador de que no se está de acuerdo con el contenido que figura en la carta de porte y no, a través de una condición general, equipararlas a una facultad de resolución contractual carente de cualquier fundamento.

Y lo mismo se podría decir de las cláusulas que facultan al predisponente para resolver unilateralmente la relación obligatoria ante un “incumplimiento” del adherente, en general, sin mayor concreción ni requisitos, teniendo en cuenta que se está ante un contrato en el que hay una clara preeminencia de una de las partes, que puede imponer llegada la hora su “interpretación” del término. Aunque se presupone que no todo incumplimiento es válido como causa resolutoria, en la práctica pueden ocultar una cláusula contraria al artículo 1.256 Cc ya que está dejando a la voluntad de unas partes la facultad de decidir, sin prácticamente cortapisas, cuándo el contrato deja de surtir efectos en la medida en que se le otorga el

---

Por el contrario, no se considera de entidad suficiente, en un contrato de distribución, el cambio en la composición accionarial de la empresa concesionaria en la medida en que no se produce una alteración esencial de sus características societarias al ser las acciones adquiridas por personas no ajenas a la misma (SAP de Lleida de 13 de marzo de 2000 [AC\2000\1017]). Aunque no se detalla en el texto de la sentencia, parece que existe una cláusula que define las notas generales que caracterizan la relación contractual y que hacen referencia a aspectos de composición accionarial de la empresa.

Tampoco el exceso de consumo de gas realizado por la empresa suministrada puede verse como un incumplimiento suficiente para la resolución del contrato de suministro. En el contrato no se limita el exceso de consumo de gas respecto de unas cantidades fijadas sino que tan solo se penaliza con una facturación adicional. El exceso carece de la gravedad y entidad suficiente para provocar la resolución contractual dada su escasa incidencia en el resultado económico perseguido (SAP Castellón de 28 de diciembre de 2007 [AC\2008\584]).

<sup>952</sup> Recordamos, se trata de condiciones para el transporte internacional de mercancías (ver Primera parte. Capítulo III. IV. 3).

<sup>953</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A., “Autonomía privada y régimen jurídico...”, op. cit., p. 39.

privilegio unilateral de determinar si el incumplimiento del adherente tiene entidad suficiente para justificar la resolución del contrato<sup>954</sup>.

A su vez, un tipo de cláusula de común inclusión, vinculada con el incumplimiento y sobre la que doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado de forma abundante y no siempre uniforme, es el de las **cláusulas de vencimiento anticipado**, cuestión en la que nos detendremos, siquiera brevemente. Para empezar, cabe resaltar que vencimiento anticipado y resolución son figuras diferentes. Tal y como señala BASOZÁBAL<sup>955</sup>, “*lo que se resuelve es el contrato; lo que vence anticipadamente es la obligación de uno de los contratantes*”. Esto no obsta, sin embargo, a que, tanto en la redacción de los contratos en los que se incluyen como en el análisis jurisprudencial de los mismos cuando surge algún conflicto ante los tribunales, se confundan entre sí y con la figura de la cláusula penal, como tendremos ocasión de ver.

El artículo 1.129 Cc recoge tres supuestos en los que “*perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo*” y que, por tanto, dan lugar a una anticipada exigibilidad del crédito por parte del acreedor. Los supuestos legales tienen como denominador común una pérdida sobrevenida de la confianza del deudor, causa que justifica que se intente garantizar la posición del otro sujeto<sup>956</sup>. Pero con independencia de los supuestos legalmente reconocidos, en ciertos tipos de contratos es habitual incluir cláusulas de vencimiento anticipado en las que las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, señalan otras

---

<sup>954</sup> Señalan estos supuestos de cláusulas abusivas en contratación con consumidores, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario a los artículos 82...”, op. cit., p. 1041; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular...”, op. cit., p. 809.

<sup>955</sup> BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 35.

<sup>956</sup> Los supuestos legales de anticipación del vencimiento de la obligación se basan en la insolvencia del deudor posterior a la obligación sin que se garantice la misma así como en la falta de garantías –bien porque no se otorgan las prometidas, bien porque se otorgan pero disminuyen o desaparecen sin ser reemplazadas por otras de seguridad equivalente-. Tal y como apunta MELLADO RODRÍGUEZ, M., “Las cláusulas de vencimiento anticipado”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 221, el fundamento último de la licitud de la exigencia del vencimiento anticipado es dotar a las relaciones contractuales de una seguridad jurídica que proteja la seguridad económica: “*el acreedor cuando concedió el crédito aplazado al deudor lo hizo en la creencia, más o menos fundada, de que llegado el vencimiento recuperaría lo prestado, tan pronto el acreedor vea peligrar el crédito el ordenamiento jurídico le permite acudir al “vencimiento anticipado” para que pueda hacerlo ejecutivo sin tener que esperar al día señalado en el contrato, momento que ya puede resultar tardío*”. Para un análisis del artículo 1.129 del Código civil, LASARTE ÁLVAREZ, C., “Comentario al artículo 1129”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 107 – 109; MELLADO RODRÍGUEZ, M., “Las cláusulas de vencimiento...”, op. cit., pp. 226 y ss.; PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario a los artículos 1125 a 1130”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1343 – 1344; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op. cit., p. 148; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 377 – 379.



causas diferentes a las legalmente reconocidas, como suelen ser el impago de uno o varios plazos debidos<sup>957</sup>.

Dos contratos en los que tienen fuerte presencia las cláusulas de vencimiento anticipado son el crédito y préstamo hipotecarios. La admisibilidad de las mismas ha evolucionado después de un primer momento de negación de su validez. Como estandarte de esta postura contraria a su licitud hay que mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 [RJ\1999\2371], criticada por la doctrina y por la propia jurisprudencia, que consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios constituyen en todo caso un pacto contrario a las leyes<sup>958</sup>. No es ésta sino una resolución aislada que sorprendió a la doctrina<sup>959</sup> y que no ha tenido continuidad en la Sala Primera ni en la jurisprudencia menor. Así se desprende del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008 [RJ\2009\152], que, dando un giro completo, declara la validez de una cláusula de vencimiento anticipado incluida en un préstamo hipotecario o de la sentencia de 16 de diciembre de 2009 [RJ\2010\702]<sup>960</sup>, que resuelve en el mismo sentido.

En el año 1999, el Tribunal argumentó la vulneración de diversas leyes. Por una parte, del Código civil en relación con las obligaciones a término (artículo 1.125) y la antes referida pérdida del beneficio del plazo cuando la deuda careciera de garantías (artículo 1.129) –cosa

<sup>957</sup> MELLADO RODRÍGUEZ, M., “Las cláusulas de vencimiento...”, op. cit., pp. 234 – 243, realiza una clasificación de las cláusulas de vencimiento anticipado que aparecen en los contratos bancarios, distinguiendo de aquellas derivadas de alteraciones en la seguridad económica del deudor y de alteraciones en las garantías prestadas, las cláusulas facultativas sancionadoras, en las que el acreedor puede declarar vencido el préstamo (o crédito) ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones recogidas en el contrato, siendo la más frecuente la falta de abono de las cuotas convenidas en la fecha señalada.

<sup>958</sup> El este supuesto de hecho, en el que el prestatario era un empresario, contenía una prerrogativa abusiva a favor del banco, y es que era éste el que, según su criterio de satisfacción, decidiría si entregaba o no el dinero objeto del préstamo.

<sup>959</sup> En palabras de MARTÍN MARTÍN, A. J., “Supremo vs. Supremo (Doctrina sobre las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios)”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 157 (2ª época), mayo 2009, p. 963, “quienes llevábamos ya bastantes años ejerciendo la profesión registral nos quedamos estremecidos por la contundencia con que se descartaba la viabilidad de una cláusula de acceso ordinario (lógicamente con matices) a las inscripciones de hipoteca que por entonces se practicaban”.

<sup>960</sup> Interesante el comentario comparado con la sentencia de 1999 de RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “La cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota: su vinculación con la categoría del miedo o temor al incumplimiento”, *La Ley*, nº 7582, 7 de marzo de 2011, que viene a encontrar el fundamento del vencimiento anticipado, más que en lo ya acontecido, en el miedo o temor de un sustancial incumplimiento futuro. Critican la sentencia, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 1120, así como BALLUGERA GÓMEZ, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7507, 11 noviembre 2010, quien manifiesta su “perplejidad” al leer en la sentencia que, tras declarar que la cláusula de vencimiento anticipado es válida cuando concorra justa causa, esto es, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, “se añade «como puede ser [jojo!], en el caso de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota], el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo» (p. 2).

que, según su criterio, no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca-. Por otra parte, de diversos preceptos de la Ley Hipotecaria, tales como el artículo 127, mediante el que el legislador preconiza la perdurabilidad del crédito hipotecario, o el artículo 135, que obliga al adquirente del bien hipotecado a respetar la hipoteca siempre que queden por vencer otros plazos de la obligación. Años después, sin embargo, no encuentra oposición el mismo órgano jurisdiccional al contenido de estos artículos del Código civil y Ley Hipotecaria mencionados. Respecto a los primeros, por su carácter dispositivo y, por tanto, modificable por la voluntad de las partes. En cuanto a los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, porque no parece que excluyan la posibilidad de que, en virtud de un pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación.

Esta postura, la favorable a su admisión, es la mantenida por la jurisprudencia y la doctrina<sup>961</sup> de forma mayoritaria, incluso antes de la resolución de 1999, y se ha visto respaldada por la actuación del legislador quien, en determinados supuestos, ha admitido este tipo de cláusulas expresamente<sup>962</sup>. En este sentido discurre el fallo del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de junio de 2008 [RJ/506/2008] o en la de 17 de febrero de 2011 [RJ/2011\3316], al sostener la validez de una cláusula de vencimiento anticipado insertada en un contrato de crédito hipotecario entre empresarios:

*“En efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de Comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código civil), en el caso de autos, cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó la Audiencia) que, transcurrido el período de carencia convenido, desde el*

---

<sup>961</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 382, señala que el artículo 1.129 del Código civil no impide que las partes puedan pactar una regulación diferente con el límite de que “respondan a intereses efectivos de una de las partes dignos de tutela jurídica”, es decir, “que presenten una causa suficiente”, mencionando expresamente el caso de aquellas cláusulas que supongan dejar al arbitrio del acreedor-predisponente la decisión, que “en ningún caso” serán admisibles.

<sup>962</sup> De este modo, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil se refiere expresamente a las cláusulas de vencimiento anticipado en el ámbito de la ejecución hipotecaria, admitiendo su plena eficacia siempre que se encuentren inscritos en el Registro de la Propiedad. Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Venta a Plazos de bienes Muebles faculta al vendedor a optar entre la resolución o exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono en el caso de que el comprador se demora en el pago de dos plazos o el último de ellos, aunque reconoce a los Jueces y Tribunales la posibilidad “con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios” de señalar nuevos plazos o alterar los convenidos con el correspondiente recargo, en su caso (artículo 11).

*mes de septiembre de 1995 nunca existió saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamos hasta abril del 96” (FJ. 4º, párr. 4º, STS de 4 de junio de 2008).*

También al hilo de un crédito hipotecario entre empresarios, la AP de Murcia (sentencia de 10 de abril de 2002 [JUR\2002\176582]) afirma la validez de una cláusula de vencimiento anticipado en la medida en que la facultad de proceder al ejercicio de dicha facultad no depende del libre arbitrio o discrecionalidad de una de las partes -la entidad bancaria- sino que se sujeta a la concurrencia de circunstancias perfectamente objetivas (impago voluntario de cuotas). Por otra parte, respecto del mismo supuesto, nos parece de interés la argumentación de la AP de Toledo refrendando como justa causa para admitir el vencimiento anticipado el incumplimiento del deudor adherente de alguna de las obligaciones esenciales que se derivan del contrato, *“al no depender de la arbitraria y discrecional voluntad de la parte que ostenta la facultad resolutoria y guardar la debida proporcionalidad y adecuación con el fin comercial perseguido, siendo su concurrencia racionalmente previsible por la parte a quien perjudique, puesto que, en definitiva, tiene su fundamento legal último en la implícita facultad de resolver las obligaciones bilaterales o recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, contemplada en el artículo 1.124 del Código civil”* (Auto de 13 de octubre de 2000 [AC\2000\2533]). Se pueden identificar aquí tres elementos que definirían la justa causa: no discrecionalidad de la parte que ostenta la facultad, proporcionalidad con el fin comercial y previsibilidad.

Mencionando expresamente el artículo 1.256 Cc y configurando el incumplimiento como una excepción a la arbitrariedad prohibida, la Audiencia Provincial de Castellón (sentencia de 10 de febrero de 2000 [JUR\2001\34670]) afirma que, aunque *“no cabe duda de que la declaración unilateral y arbitraria del vencimiento anticipado de la obligación de pago, cuando se hubiese concertado un concreto vencimiento como determinante de la oposición, ha de reputarse contraria al artículo 1.256 del Código civil y nula la cláusula que lo permite”*, en el supuesto de hecho concurre una justa y objetiva causa vinculada *“a un verdadero incumplimiento del contrato imputable a la contraparte”*. Equivalente juicio emite la SAP de Barcelona de 1 de abril de 2000 [AC\2000\2159] al respecto de la no violación de los artículos 1.255 y 1.256 Cc, acotando los requisitos a cumplir por la decisión de vencimiento anticipado por voluntad unilateral: *“fundarse en causa justa y*

*objetiva*”<sup>963</sup>. Causa justa que no puede quedar totalmente indefinida pero que no es necesario que esté absolutamente determinada. Así se desprende del razonamiento de la SAP de Burgos de 31 de julio de 2012 [AC\2012\1531]. Conociendo de un contrato de préstamo entre una entidad bancaria y otra mercantil, niega que sea necesaria una interpretación *contra proferentem* de la cláusula de vencimiento anticipado, en concreto de uno de sus supuestos (“*si los prestatarios o alguno de su fiadores [...] incumplan alguna de las obligaciones que contraen por la presente póliza y, en especial, la de realizar las amortizaciones del principal y los pagos de intereses, comisiones y gastos en los plazos convenidos*”). Aunque no se pactara expresamente que el impago de una sola cuota de amortización podía ser causa de vencimiento anticipado, éste constituye ya un incumplimiento de una obligación esencial o principal del contrato.

En este escenario, entra en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo que, entre otras muchas cuestiones, modifica el artículo 693 LEC en cuanto al vencimiento anticipado de deudas a plazo garantizadas con hipoteca o prenda. Se fija la necesidad de que se haya producido el impago de, al menos, tres plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses para poder reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses<sup>964</sup>. Esto representa, por tanto, un límite para todo prestamista hipotecario en la medida en que, si bien otras especificaciones sí que están previstas solo para consumidores (ejemplo, liberación mediante la consignación de las cantidades si el bien hipotecado fuera la vivienda habitual), la exigencia de un impago de tres mensualidades o importe equivalente para la ejecución se contempla para todo supuesto, esto es, tanto contratos con consumidores como entre empresarios e, incluso, tanto de adhesión como negociados<sup>965</sup>. No tiene sentido, tras esta

---

<sup>963</sup> En este caso el tribunal pone como ejemplo “*aquellas derivadas de una insolvencia sobrevenida del deudor o claro peligro de no poder atender a la debida prestación como son la incoación de un procedimiento concursal, liquidación de la persona jurídica...*”.

<sup>964</sup> Artículo 693.2 LEC: “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.*”

<sup>965</sup> Así lo explica la SAP de Ciudad Real en su sentencia de 19 de diciembre de 2014 [JUR\2015\50508]: “[...] precisamente por la influencia del derecho de consumo y la protección que a los consumidores supone el mismo, dadas, además, las últimas sentencias que al respecto se han dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nuestra propia legislación ha sido consciente de la situación de superioridad de determinados contratantes y la situación claramente privilegiada que ello les supone en ese ámbito de la contratación, imponiendo contratos de pura adhesión con condiciones generales beneficiosas, de ahí que se hayan tratado de acotar ciertos aspectos de la contratación imponiendo mínimos, que en el caso que ahora analizamos se centran en considerar que no cabe el vencimiento anticipado si no existen, al menos, tres impagos mensuales (o su equivalente si no estamos ante pagos mensuales). Lo constatable de esta nueva

reforma, incluir una cláusula que anuncie el vencimiento anticipado ante el impago de una sola cuota pues no se va a poder reclamar la deuda hasta que se hayan devengado tres o más, como marca la Ley<sup>966</sup>.

Hasta aquí, en relación con el crédito y préstamo hipotecarios, pero también debemos cambiar de tipo contractual y detenernos en otros contratos. Por ejemplo, tuvimos ocasión de hablar del *leasing* o arrendamiento financiero al hilo de las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Tal y como dejamos allí apuntado, dicho contrato ha sido otro ámbito en el que también es habitual la inclusión de este tipo de garantías frente al incumplimiento en cláusulas que podrían tener la siguiente redacción<sup>967</sup>:

*“En caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el presente contrato por el arrendamiento financiero y especialmente las de pago de cualquiera de los pagos del precio contractual, la sociedad de leasing podrá optar a su vencimiento entre:*

- a) Exigir del arrendatario financiero la totalidad del precio contractual establecido con los intereses que correspondan, anticipándose así la exigibilidad y el vencimiento de las cantidades que de otro modo debieran ser pagadas durante el período de cesión aún no transcurrido.*
- b) La devolución inmediata del material, que deberá ser puesto a disposición de la arrendadora financiera en unión del importe de todos los plazos vencidos, además del tanto por cierto que se haya estipulado de los plazos vencidos”.*

Dejando a un lado la segunda opción –la resolución del contrato<sup>968</sup>- por no ser relevante a los efectos del tema que nos ocupa, la primera de las alternativas recoge la figura del

---

*regulación es que aunque tiene su origen en referencia a los consumidores, sin embargo se ha convertido en una norma general ya que el art. 693 no hace referencia alguna de que su aplicación dependa de la consideración de consumidor del deudor, lo que resulta especialmente importante en el caso ahora enjuiciado donde no podemos afirmar que estemos ante una relación de consumo, en tanto que si bien el préstamo se concierta entre el banco y personas físicas, no puede negarse que el propio préstamo es una refinanciación de deudas anteriores relacionadas con la actividad empresarial de los deudores [...]”.*

<sup>966</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., “Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos”, *Diario La Ley*, núm. 8344, 1 julio 2014, p. 7, califica de conducta vejatoria “la que impone cláusulas en el contrato que no tienen ninguna utilidad al acreedor porque no se aplican, de donde resulta que su única finalidad es la de permanecer latentes para que en el momento oportuno puedan ser usadas como amenaza contra el deudor”.

<sup>967</sup> Modelo de cláusula tomado de UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., p. 22.

<sup>968</sup> Ha llevado a cabo una valoración de la cláusula en virtud de la cual la falta de pago de alguna cuota conlleva la resolución del contrato y el pago de una parte importante de las mensualidades no vencidas, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., pp. 107 y ss.; La configuración del arrendamiento financiero..., op. cit., pp. 1011 y ss. A juicio del autor, el problema no es la resolución –ha mediado un incumplimiento por parte del usuario que la justificaría-, sino el hecho de que el usuario deba hacer frente a un número elevado de pagos no vencidos, lo que es una verdadera cláusula penal, moderable por aplicación del artículo 1.154 del Código civil cuando el usuario ha abonado alguna mensualidad. En

vencimiento anticipado en el contrato de *leasing*<sup>969</sup>. Estos pactos suelen incluir garantías bajo la forma de cláusulas penales, lo que hace a veces un poco confusa la delimitación entre ambas figuras. En cualquier caso, y aunque la cláusula de vencimiento anticipado se está sancionando en cierto modo al deudor con la pérdida del plazo<sup>970</sup>, la finalidad de la cláusula no es la misma que la perseguida por la pena convencional que suele cumplir funciones de liquidación anticipada de daños y perjuicios como consecuencia de un incumplimiento<sup>971</sup>.

Se desecha la idea de que una cláusula de esta naturaleza en un contrato de *leasing* (posibilidad de exigir el cumplimiento por vencimiento de las cuotas de arrendamiento a causa del impago de dos de ellas o la resolución con devolución de las prestaciones realizadas) sea determinante de la verdadera causa –ilícita– del contrato, siendo la subyacente la que corresponde a un contrato de compraventa a plazos. “*La facultad así pactada*”, apunta el TS en su sentencia de 7 de febrero de 2000 [RJ\2000\282], “*no puede erigirse en causa del contrato por reflejo de su contenido y, menos aún, determinar la nulidad del contrato en que va inserta*”. Se trata de una cláusula que no pugna con la libertad del artículo 1.255 Cc, cualquiera que hubiere de ser la naturaleza del contrato: “*no cabe confundir la ilicitud de la causa con las cuestiones referentes a la exclusiva onerosidad de la prestación*”.

En todo caso, la jurisprudencia ha respaldado este tipo de cláusulas bajo argumentos idénticos a los apuntados en los párrafos anteriores. Ya en 1997, la AP de Segovia (sentencia de 20 de febrero de 1997 [AC\1997\373]) no consideró contraria al artículo 1.256 Cc una cláusula de este tipo en un contrato de *leasing* de bienes de equipo de alto

---

resumen y tal y como expone, “*el juez habrá de tener presente que los bienes son recobrados por la sociedad de leasing (en virtud de la resolución del contrato) y que el usuario ha abonado a ésta una determinada suma de dinero. La actuación “equitativa” del juez, a que se refiere el artículo 1.154, evitará que el usuario, privado de los bienes, tenga que abonar a la sociedad de leasing una cuantía “excesiva”*”.

<sup>969</sup> Como señala respecto del tipo de contrato que nos ocupa UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., p. 34, la cláusula resolutoria y la de vencimiento anticipado son distintas: mientras que con la primera el acreedor que ha cumplido busca desvincularse de la relación ante el incumplimiento del deudor, con la cláusula de vencimiento anticipado se consigue una modificación de la obligación, pasando de ser aplazada a pura.

<sup>970</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Sobre la cláusula penal en el Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 2, abril – junio, 1993, p. 537, alude a las semejanzas entre la penalización y el vencimiento anticipado.

<sup>971</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., p. 37. La autora analiza las diferentes estipulaciones en forma de pena convencional que pueden aparecer añadidas a un pacto de vencimiento anticipado, tales como el pacto de abono de los intereses no devengados correspondientes a las cuotas de amortización pendientes de vencimiento, el abono de los intereses de demora de las cláusulas vencidas y no satisfechas o el abono de la opción de compra (pp. 38 – 56). Para el estudio de la cláusula penal nos remitimos al apartado correspondiente (Segunda parte. Capítulo III. I. 6).

coste, por ser usual en este tipo de contratación de alto riesgo para las sociedades de *leasing*, haber incumplido la otra parte y no romper el equilibrio de las prestaciones: había pasado la mayor parte del período de cesión de uso, no se habían restituido los bienes y no se había abonado puntualmente más de seis cuotas sobre sesenta. Aunque admitiendo su validez en general al amparo del artículo 1.255 Cc, incluso en supuestos de contratos de adhesión (*“la mera consideración de que nos hallamos ante un contrato de adhesión no deslegitima las cláusulas del mismo, por sí, salvo que se acredite efectivo desequilibrio”*), nos proporciona un interesante ejemplo de supuesto concreto en el que no se cumplirían los requisitos para aceptar una cláusula de vencimiento anticipado la AP de Huelva, en su sentencia de 24 de enero de 2011 [JUR\2011\230422]: en un contrato de *leasing* mercantil se incluye una cláusula que, ante la falta de pago total o parcial de una cualquiera de las cuotas o la suspensión de pagos, quiebra o cualquier otra situación concursal del cliente, faculta a la sociedad de *leasing* a, entre otras opciones, exigir *“el pago inmediato de todas las cuotas vencidas y pendientes de vencer, incluso la representativa del valor residual [...]”*. El usuario había realizado pagos intermitentes existiendo cuatro mensualidades sin abonar en un periodo concreto de tiempo. Al día siguiente de un pago se comunica al usuario que se declaran vencidas anticipadamente las mensualidades pendientes a pesar de lo que, sin embargo, se giran y cobran las cuotas los dos meses siguientes, teniendo la cuenta desde entonces siempre saldo suficiente para abonar los pagos mensuales. Tras un examen del conjunto de pagos y fechas en las que se realizan, afirma el órgano jurisdiccional que *“no es posible concluir que se ha producido ese incumplimiento objetivo reiterado y capaz de frustrar el fin del contrato que hubiera legitimado el ejercicio del poder contenido en la cláusula antes transcrita y que, en estas circunstancias, habría de tenerse por manifiestamente abusivo”*<sup>972</sup>.

A los supuestos citados de contrato de préstamo, crédito y *leasing*, cabe sumar las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de arrendamiento de bienes muebles entre empresarios, como por ejemplo, las declaradas válidas en las sentencias de la AP de Badajoz, de 9 de octubre de 2006 ([JUR\2006\278405]) así como de Alicante, de 14 de marzo de 2002 ([JUR\2002\139828]): estas cláusulas, afirma el órgano juzgador, responden a una fórmula general de contratación frecuente de ciertas empresas y por su contenido no

<sup>972</sup> Aunque no se declara el vencimiento anticipado de las cuotas pendientes de pago, el tribunal reconoce que el usuario ha dejado de satisfacer mensualidades sucesivamente vencidas y no ha ofrecido tampoco su pago al acreedor como demostración de su voluntad de seguir cumplimiento su compromiso, lo que hace que falle condenándole al pago de las cantidades pendientes de pago al tiempo de ejecutarse la sentencia y hasta el último vencimiento, devengándose los intereses de demora pactados por las partes a partir de sus respectivos impagos.

pueden ser tenidas como abusivas en el marco mercantil en el que se desarrollan. En este sentido, se recoge en la primera que *“la cláusula de vencimiento anticipado, aun cuando redactada por la parte arrendadora, no puede considerarse como perjudicial para el otro contratante hasta el punto de poder declararla ineficaz, pues tanto el contrato de adhesión que se firmó como la cláusula de vencimiento anticipado son de lo más habitual y conocido en el tráfico mercantil, sin que la misma sea contraria a la ley, a la moral o al orden público, de modo que no puede ponerse en tela de juicio la licitud de la cláusula del vencimiento anticipado”*. “Máxime”, recalca el tribunal, *“en un campo como el mercantil donde la celeridad de su tráfico impone la aplicación sistemática del principio de la buena fe, por lo que dicha cláusula es perfectamente válida por tanto, habiéndose producido el impago por parte del arrendatario de varias de las cuotas pactadas, el arrendador puede lícitamente proceder a dar por vencido el contrato y efectuar la reclamación de las cantidades señaladas en la demanda”*.

No queremos acabar esta breve visión jurisprudencial sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en determinados ámbitos sin hacer referencia a otros contratos. La SAP de Pontevedra, de 15 de febrero de 2006 [JUR\2006\22990] es un ejemplo de supuesto de reclamación de cuotas vencidas e impagadas así como de las pendientes de vencimiento hasta la fecha de extinción de un contrato de *renting* entre empresarios como consecuencia del incumplimiento del deudor<sup>973</sup>. Sin perjuicio de que se modere en el fallo el importe al que se condena –se considera cláusula penal y, por tanto, moderable por los tribunales en virtud del artículo 1.154 Cc-, estima el órgano jurisdiccional la validez de la cláusula de vencimiento anticipado. Por su parte, la SAP de Granada, de 14 de mayo de 2001 [JUR\2001\213402] tiene por objeto un contrato *“de colaboración comercial con ayuda a la financiación del negocio”* en virtud del cual la empresa suministradora concede a la otra (un taller) un préstamo sin intereses con amortización lineal mensual por un plazo de tres años a cambio de lo cual la segunda se obliga a la compra de una cantidad mínima de lubricantes al mes durante el periodo de duración del contrato, producto que solo podrá ser destinado por el taller a su propio consumo y a la reparación de los automóviles de sus clientes pero no podrán ser revendidos a terceros. En este contrato se incluye una cláusula de vencimiento anticipado a favor de la empresa suministradora ante varios supuestos vinculados con las obligaciones asumidas en el contrato, entre los que destacamos que *“el*

---

<sup>973</sup> Acerca de las cláusulas de vencimiento anticipado de rentas en contratos de arrendamiento mobiliario y de *renting*, ver el exhaustivo análisis realizado por CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento...*, op. cit., pp. 400 – 412.



*cliente no realiza cualquiera de las amortizaciones mensuales del préstamo concedido siempre y cuando tales amortizaciones no le hayan sido condonadas por el cumplimiento e los consumos mínimos mensuales respectivos*". El tribunal afirma la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en la medida en que responde a una causa claramente explicitada y justificada atendiendo a la naturaleza del contrato.

Una vez constatado el amplio uso en la práctica de la cláusula que nos ocupa y su admisibilidad general<sup>974</sup>, cabe realizar una serie de precisiones al respecto. La solución de estos pactos como lícitos no está carente de matices. En primer lugar, su aceptación en la jurisprudencia varía según el contexto negocial. No podemos olvidar que, mientras que en el caso de los contratos de préstamo o crédito hipotecarios existe una norma que, con determinadas exigencias y con el límite que ha supuesto recientemente la Ley 1/2013 y su modificación del artículo 693.2 LEC, permite las cláusulas de vencimiento anticipado, en otros ámbitos no existe tal apoyo legislativo. Asimismo, reconocimiento legal aparte, la naturaleza del contrato puede no facilitar una justificación de la admisibilidad de estas cláusulas tan clara<sup>975</sup>. Además, de los razonamientos de la jurisprudencia se desprende una idea clara: no puede darse una aceptación *a priori* de las cláusulas de vencimiento anticipado sino que hay que realizar una valoración caso por caso, teniendo en cuenta una serie de variables. Por una parte, y motivado por el peligro que pueden representar estos pactos respecto de la arbitrariedad, resulta imprescindible que nada en la cláusula deje a la voluntad de la parte que tiene la facultad resolutoria la apreciación del supuesto de hecho. En todas las sentencias se aprecia una preocupación latente (o, más bien, patente) por aceptar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que *"la facultad de proceder al vencimiento anticipado del préstamo no quede al arbitrio o discrecionalidad de la entidad bancaria, sino que se sujete a la concurrencia de circunstancias perfectamente objetivas"* (SAP Murcia de 10 de abril de 2002), esto es, cuando concurra

---

<sup>974</sup> No en balde, como manifestó la última sentencia citada, *"[L]a cláusula de vencimiento anticipado es instrumento de garantía fundamental para determinados contratos, de cierta prolongación, sobre todo para evitar la "perpetuatio obligationis"*.

<sup>975</sup> PERTIÑEZ VILCHEZ, F., "Cláusulas abusivas por vincular...", op. cit., p. 810, en relación con la licitud de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas de amortización en el caso de los contratos de préstamo hipotecario que, como hemos visto, deriva del artículo 693.2 Lec, advierte que no debe hacerse extensiva sin más a otras cláusulas similares contenidas en otros contratos de préstamo puesto que entiende el autor que, precisamente la facultad del deudor pueda liberar el bien cuando se trata de la vivienda familiar (artículo 693 Lec), es lo que *"equilibra el perjuicio que para él puede derivarse de la posibilidad reconocida legalmente de dar por vencido anticipadamente el préstamo ante el impago de una de las cuotas"*. Respecto del contrato de arrendamiento mobiliario, CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento...*, op. cit., pp. 400 - 412, evidencia que no es una cuestión pacífica y que existe división entre la jurisprudencia a favor y en contra de las cláusulas de vencimiento anticipado, si bien señala que son mayoría las que admiten su validez.

justa causa para ello. Justa causa que se ha identificado con el incumplimiento de la obligación, aunque no aceptando cualquier incumplimiento sino uno que suponga “*una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas*” (SSTS de 17 de febrero de 2011 y de 4 de junio de 2008)<sup>976</sup>. Por lo tanto, tal y como afirma el Tribunal Supremo en esta última sentencia, el respaldo de la doctrina y jurisprudencia modernas a las cláusulas de vencimiento anticipado, incluso en los casos en los que existe mención legislativa al respecto, no impide que, en determinadas circunstancias, “*pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes por concurrencia de circunstancia cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad [bancaria] o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario*”<sup>977</sup>.

Junto con los incumplimientos no importantes se hace referencia, de este modo, a la idea de equilibrio o proporcionalidad. Así lo señala alguna sentencia, como la ya citada de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001, que afirma que “[L]a buena fe contractual en el clausulado, que se presume, sólo desvanece cuando la cláusula introduce un desequilibrio importante, siendo perjudicial su posible uso frente al deudor. No hay ninguna razón para pensar que las cláusulas de vencimiento anticipado están sometidas a algún principio de orden público”. La idea de equilibrio contractual preside el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007 [RJ\2007\1511]. En un contrato de *leasing* mercantil, el Tribunal confirma la sentencia de instancia que contiene un pronunciamiento que difiere de lo solicitado por la parte actora: mientras que la sociedad de

---

<sup>976</sup> Recordamos el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 24 de enero de 2001, que, a la vista de los pagos y las fechas en que habían sido realizados, no consideró de suficiente entidad el incumplimiento del deudor como para proceder a ejecutar la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de *leasing*.

<sup>977</sup> Esta es también la opinión mantenida por MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, autora que trata las cláusulas que imponen el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota vencida como cláusulas que pueden llegar a ser abusivas en contratos de préstamo y crédito con consumidores. Aunque en la exposición se entremezclan argumentos basados en la legislación aplicable a estos sujetos, recalca también la idea de que es necesario eliminar el carácter discrecional de la cláusula y apoyar la facultad en una causa justa y objetiva, expresada en el contrato de forma concreta y siempre y cuando, siendo la justa causa el incumplimiento del deudor, se trate de un incumplimiento de obligaciones de carácter esencial y no accesorias o con unas consecuencias desproporcionadas. Del mismo modo y con anterioridad, MELLADO RODRÍGUEZ, M., “Las cláusulas de vencimiento...”, op. cit., p. 242, había puesto el acento en el carácter “*contumaz*” y reiterado del incumplimiento del deudor, sin que sea suficiente un mero retraso, “*sino que ante los reiterados requerimientos de la otra parte, el incumplimiento permanece*”. El autor evidenciaba la ambigüedad con la que suelen estar redactadas las pólizas bancarias en cuanto a la cuantificación del supuesto de hecho, designando a los Tribunales como los obligados a valorar la cuantía del incumplimiento en función del montante total de la deuda, la trayectoria seguida por el deudor y la posible situación de insolvencia en que se encuentre.

*leasing* interesa que se acordara, bien el cumplimiento íntegro del contrato de arrendamiento financiero con el vencimiento de la totalidad de las cuotas aplazadas y su exigibilidad desde ese momento, bien, subsidiariamente, la resolución del contrato, penalizada con la retención de las rentas satisfechas hasta ese instante y el pago por parte de los demandados de las cuotas vencidas y no abonadas, el fallo condena al usuario a la obligación de abonar las cuotas vencidas e impagadas, así como las cuotas futuras, según fuesen venciendo. Con esta solución se respeta las pretensiones de las partes en el proceso, “*se restituye el equilibrio contractual y se preserva la equivalencia de prestaciones inherente al carácter bilateral y sinalagmático del contrato*”.

La búsqueda de este equilibrio es el que ha llevado a los tribunales, en ciertos casos, a moderar la cuantía del importe resultante tras la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado. En sendos contratos de *renting*, la Audiencia Provincial de Girona (sentencia de 27 de abril de 2006 [JUR\2006\261707]) y la de Pontevedra (de 15 de febrero de 2006 [JUR\2006\22990]) se produce una reducción de la misma. En la primera, el tribunal, sin perjuicio de reconocer su propia facultad de moderación, entiende “*equitativa y ajustada a la naturaleza del contrato y a las respectivas posiciones de las partes*” la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado por parte del arrendador, cláusula que se prestaba a interpretaciones exorbitantes y que, sin embargo, la propia parte actora ha reducido excluyendo de la reclamación determinados gastos<sup>978</sup>. Por su parte, en la resolución de 2005 sí que es el propio órgano jurisdiccional el que, ante una cláusula que “*faculta al arrendador, en caso de impago del arrendatario, para exigir el pago de las rentas impagadas y pendientes de vencer, que se considerarían vencidas, sin que ello lleve consigo la extinción del arrendamiento*”, lleva a cabo una moderación de los intereses que debe percibir el arrendador<sup>979</sup>. En ambos casos la moderación se produce por la asimilación de la cláusula de vencimiento anticipado con la cláusula penal y, por tanto, con la

---

<sup>978</sup> En el contrato entre comerciantes de *renting* de un vehículo se incluye una cláusula en virtud de la cual la indemnización se corresponde con el 50% de los alquileres correspondientes al periodo restante del contrato. El arrendador, sin embargo, no reclama el 50% de los recibos o cuotas mensuales restantes sino el 50% del concepto de alquiler restante hasta la finalización del contrato, lo cual rebaja sustancialmente el importe indemnizatorio porque excluye gastos de servicios, gestión y seguros así como la aplicación del interés de demora a la suma resultante. El tribunal no recurre a su facultad moderadora al considerar equilibrada la cantidad solicitada.

<sup>979</sup> “*Toda vez que el arrendador, dada la naturaleza del contrato de renting, percibe de modo anticipado no solo el precio del bien arrendado sino también el recargo financiero que estaba previsto percibir en un periodo de cinco años, incorporados ambos conceptos a la cuota o renta convenida, ello supone la percepción de unos intereses no devengados y la consiguiente penalización para el deudor, por lo que se estima equitativo moderar el importe de los intereses que debe percibir el demandante*”.

posibilidad de moderación judicial que se reconoce en el artículo 1.154 Cc, que tendremos ocasión de estudiar en el apartado correspondiente<sup>980</sup>.

Concluyendo, como se había dejado anotado en párrafos anteriores, la aceptación de una cláusula de vencimiento anticipado –y su posible modulación– debe producirse atendiendo a su proporcionalidad, no discrecionalidad y previsibilidad y en función del contrato y las circunstancias del supuesto de hecho concretas. Respecto del contrato, nos parece muy acertada la afirmación de CÁMARA LAPUENTE<sup>981</sup> cuando, al hilo del estudio de la viabilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de arrendamiento mobiliario y *renting*, advierte frente a un tratamiento unificado de estas cláusulas en todo tipos de contratos:

*“A mi modo de ver, además, la comparación con otras figuras contractuales en las que se admite este tipo de cláusulas debe verse muy limitada por la consideración de que una cosa es aplazar el pago de un precio fraccionado por una prestación ya realizada (un préstamo hipotecario cuyo principal ya se entregó, una compraventa con precio aplazado) y otra bien distinta es cobrar íntegramente todas las rentas por un disfrute que no llega a realizarse y que se integra en la base causal del arrendamiento”.*

En cuanto a las circunstancias concretas, habrá que estar a la gravedad del incumplimiento (la proporción de cuotas impagadas respecto del total de la deuda, los pormenores de los impagos). En los préstamos hipotecarios ya sabemos que el legislador ha impuesto un mínimo de tres cuotas para poder reclamar la totalidad de lo adeudado, lo que representa un límite inferior imperativo aunque, a nuestro juicio, escaso. En este sentido, sorprende la flexibilidad con la que la jurisprudencia en general acepta la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, entendiendo en muchos casos como suficiente para su aplicación el incumplimiento de una o unas pocas cuotas que representan un irrisorio porcentaje del total de la deuda.

En todo caso, a esta reflexión final le faltaría un último elemento, en relación con el tipo de contratos que centran el trabajo, los contratos entre empresarios y mediante condiciones

---

<sup>980</sup> He aquí la confusión a la que aludíamos. Para las sentencias citadas es “*indiscutible que se trata de una cláusula penal*”. Así, “*en cuanto supone adelantar la exigibilidad y vencimiento de unas cuotas cuyo pago en principio se preveía aplazado tratándose de un contrato de tracto sucesivo, se estima como cláusula penal, susceptible de equitativa moderación por el juzgador*”.

<sup>981</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento...*, op. cit., p. 412.

generales. Si recordamos, precisamente, algunos de los argumentos extraídos de la jurisprudencia traída a colación –recayendo todas las resoluciones sobre contratos de adhesión mercantiles–, admitían las cláusulas de vencimiento anticipado ante el carácter habitual y extendido de su uso en el tráfico mercantil. Más allá de que no nos parezca un argumento muy sólido –y menos como único razonamiento principal–, sí que es verdad que se trata de un elemento más del juicio de valor al que debe ser sometido la cláusula de vencimiento anticipado y que podría dar lugar, en su caso, a una modulación de la protección de la parte que se ve afectada por la cláusula<sup>982</sup>.

Antes de cerrar este apartado en el que se ha hecho alusión a la resolución y al vencimiento anticipado por incumplimiento, cabe mencionar una cuestión más, referente a la **falta de pago de precio**, en este caso, **en la compraventa de bienes inmuebles**. Del artículo 1.504 Cc se desprende la posibilidad para las partes de pactar la resolución del contrato ante la falta de pago del precio en el tiempo convenido, teniendo que mediar, en todo caso, requerimiento por parte del vendedor<sup>983</sup>.

Es el conocido como pacto comisorio o pacto de *lex commissoria*, por el que, en principio, se pretende reforzar la posición del vendedor del bien inmueble en caso de impago del precio por el comprador. Aunque la configuración de la norma ha hecho que se califique como bidireccional en su propósito de protección pues antes del requerimiento protegería al

---

<sup>982</sup> Está claro que, aunque el procedimiento por el que se ha incluido la cláusula en el contrato se caracteriza por un déficit de la autonomía de la voluntad, ni aun defendiendo la necesidad de protección para el empresario adherente ni, mucho menos, con el Derecho vigente en la mano, cabe igualar su situación a la de los consumidores. Incluso dentro de este colectivo se han marcado diferencias intensificando la protección cuando el bien gravado se trata de la vivienda habitual. Acerca de las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecarios con consumo no podemos dejar de señalar la conocida STJUE de 14 de marzo de 2013 [TOL3.297.919] que, junto con otras cuestiones vinculadas con la cuestionable tutela del consumidor en la normativa española sobre ejecuciones hipotecarias, da unas pautas para una interpretación acorde con la Directiva de 1993 del posible carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses de demora y liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada. En concreto, respecto de las primeras, determina que habrá que valorar “*si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*”. Acerca de esta sentencia, vide MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos...”, op. cit., pp. 242 y ss.; BALLUGERA GÓMEZ, C., “La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8078, 8 mayo 2013.

<sup>983</sup> Art. 1504 Cc.: “*En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término*”.

comprador, que ve posible realizar un pago válido a pesar de haber transcurrido el plazo pactado y mientras que no haya requerimiento, mientras que después de éste, la protección sería para el vendedor<sup>984</sup>.

Al respecto de esta norma, dos cuestiones<sup>985</sup>. Primero, que, tal y como lo ha venido interpretando la jurisprudencia, este artículo no representa una vía para que las partes incluyan cláusulas con la intención soterrada de evitar límites como los que acabamos de analizar buscando que cualquier incumplimiento pueda dar lugar a la facultad de resolución. De esta suerte, el artículo 1.504 se interpreta en relación con el artículo 1.124 Cc de tal modo que el incumplimiento objeto de la condición resolutoria es obligado que se sujete a los requisitos de este segundo artículo<sup>986</sup>. De nuevo, por tanto, es necesario un incumplimiento cualificado, lo que eliminaría cualquier atisbo de arbitrariedad en el uso de esta facultad de resolución. No obstante, este acercamiento jurisprudencial entre ambos artículos no ha sido bien visto por la doctrina, que ve cómo el art. 1504 Cc pierde el sentido en el que posiblemente estaba pensando el legislador y que no es sino reforzar la posición del vendedor respecto del régimen común de resolución<sup>987</sup>. Cuestión distinta sería, partiendo de esta postura -que aboga por separar la norma especial del régimen general del

---

<sup>984</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 1110. Esta misma idea la exponía MONTES PENADÉS, V. L., “Comentario al artículo 1124...”, op. cit., pp. 1201 – 1202, aludiendo a las dos lecturas que caben del art. 1504: una a favor del comprador, que puede seguir pagando hasta que se le practique el requerimiento resolutorio y otra, que insiste en el efecto automático del requerimiento, en beneficio del vendedor.

<sup>985</sup> Muchas más plantea DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., pp. 156 – 158, a cuya lectura remitimos para un mayor examen de este artículo.

<sup>986</sup> MARTÍNEZ SANCHÍS, J. A., “Comentario al artículo 1504”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 985, aclara que “los artículos 1.504 y 1.124 no se excluyen sino que se complementan y que la acción resolutoria supone el previo cumplimiento por el vendedor y una voluntad deliberadamente rebelde en el comprador o un hecho obstativo que impida el cumplimiento”. Del mismo modo, MONTES PENADÉS, V. L., “Comentario al artículo 1124...”, op. cit., pp. 1202 y ss., quien señala que la jurisprudencia configura el art. 1504 Cc como una modalidad singular de la facultad genérica regulada en el art. 1124 para toda clase de obligaciones bilaterales (p. 1204). También, CLEMENTE MEORO, M. E., *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 77 y ss.; NAVARRO CASTRO, M., “Comentario al artículo 1.504”, en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., et al (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas, Navarra, 2011, pp. 250 - 251; BUSTO LAGO, J. M., “Comentario a la sentencia de 6 de septiembre de 2010”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, septiembre – diciembre, 2011, p. 1440.

En el ámbito de la contratación con consumidores hace referencia en este sentido al artículo 1.504 PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular...”, op. cit., p. 811.

<sup>987</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., p. 157; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 1110. Recuerda el primer autor el origen de esta figura en el Derecho romano. No reconociéndose una facultad de resolución general de los contratos (como el actual art. 1124 Cc), sí que se permitía un pacto expreso en el contrato en virtud del cual el vendedor pudiera recuperar directamente lo entregado ante el incumplimiento del vendedor. También había considerado que el artículo 1.124 Cc no es aplicable en el ámbito del artículo 1.504, siendo esto una singularidad más de este régimen especial resolutorio respecto del general, JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código civil*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 173 y ss. (aunque luego parece referirse al pacto resolutorio expreso (pp. 179 y ss.)).

artículo 1124 Cc y permitir que las partes configuren el contenido del pacto resolutorio con otras condiciones distintas-, la valoración de la abusividad de un pacto de esta naturaleza en sede de condiciones generales de la contratación, en las que la sola voluntad del predisponente de reforzar su posición acabe en una cláusula significativamente desproporcionada<sup>988</sup>.

En segundo lugar, más visiblemente relacionado con los límites a la autonomía de la voluntad y motivo por el que hacemos alusión a este precepto, se ha considerado de forma unánime el carácter imperativo de la exigencia de requerimiento por parte del vendedor (*“requerido judicialmente o por acta notarial”*), de lo que se deriva que no sería admisible pacto en contrario que suponga su liberación<sup>989</sup>. Es decir, aunque se haya pactado que los efectos de la resolución son *ipso iure* tras el incumplimiento del pago del precio, seguiría siendo necesario el requerimiento<sup>990</sup>. Esta obligación *ius cogens* del vendedor que introduce

---

<sup>988</sup> Como dice *ibidem*, p. 180, *“estoy hablando de un pacto válido, que confiera carácter resolutorio a cualquier impago del comprador, pero no descarto que, en algún caso, tal pacto deba considerarse nulo (nulidad parcial: de él, no del entero contrato). En particular, cuando se introduzca en contratos de adhesión y pueda interpretarse, en las circunstancias del caso, como contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones [art. 10 LGDCU, y cfr., en concreto, 10.1.c), 2º y 10.4]”*. El autor hace referencia a la normativa de consumo sin especificar si lo hace porque su afirmación es solo respecto de los contratos de consumo o si es porque se trata de la única normativa vigente en ese sentido y en aquel momento. A nuestro juicio, y si estamos ante un contrato predispuesto cuyo adherente es un empresario susceptible de ser protegido por su posición respecto del predisponente, también podría ser desproporcionada una cláusula que permitiera la resolución ante cualquier incumplimiento nimio del adherente. Es verdad que la finalidad del precepto es permitir que las partes pacten un régimen especial y distinto respecto del art. 1124 Cc, pero también lo es que en los contratos de adhesión no hay posibilidad de tal pacto. Así, podría darse el caso de cláusulas con las que no solo el vendedor-predisponente estuviera reforzando su posición frente al posible impago del precio por el comprador, sino que, por la configuración de los contratos no negociados, fuera el predisponente-vendedor el que prácticamente determinara, unilateralmente, cuándo se puede considerar resuelto un contrato de compraventa de bienes inmuebles.

<sup>989</sup> MONTES PENADES, V. L., “Comentario al artículo 1124...”, op. cit., p. 1218; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., p. 158 (quien apunta que el precepto exige un requerimiento del vendedor al comprador para que se produzca el efecto resolutorio); GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al artículo 1504”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, Edersa, Madrid, 1989, p. 470; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., “Comentario a los artículos 1500 a 1505”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1764 (quien manifiesta que la resolución basada en este precepto no tiene lugar de pleno derecho *“pues será necesario el requerimiento”*); NAVARRO CASTRO, M., “Comentario al artículo 1504...”, op. cit., p. 255; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato...*, op. cit., pp. 443 – 445.

Dice la SAP de Murcia de 3 de febrero de 2004 [JUR\2004\169537] al hilo de la resolución de una compraventa de un inmueble que *“era preciso que la intimación extintiva se comunicase por cualquiera de estos conductos, únicos que admite la norma en cuanto fehacientes y garantizadores de la realidad del hecho notificado. Se trata de unas formalidades ad solemnitatem que no pueden ser suplidas por un telegrama, incluso aunque se acepte por el destinatario su recepción”*.

<sup>990</sup> Sí que parece que sería válido un pacto por el que acordara tener que realizar el requerimiento en una de las dos formas –judicialmente o ante notario– para que fuera válido, según pone de manifiesto, con apoyo en jurisprudencia SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato...*, op. cit., p. 500. Así, la STS de 5 diciembre 1983 [RJ\1983\6822] conoce de un caso en el que las partes habían pactado que el requerimiento fuera notarial. Se acepta este pacto amparado en el artículo 1.255 Cc pues *“si es exacto que el artículo 1.504 Cc dé igual categoría al requerimiento judicial que al producido por acta notarial a efectos de ejercicio de resolución contractual, sin embargo esa ambivalencia o equiparación no se da cuando las partes han*

el artículo 1504 Cc es de aplicación, como se aprecia por la naturaleza de Derecho común de los preceptos citados, a todos los contratos y, por tanto, también a los contratos entre empresarios<sup>991</sup>.

Por último, pues al igual que el incumplimiento, bajo determinados requisitos, es una causa que excluye la arbitrariedad en el desistimiento unilateral del contrato, cabe plantearse si el otro supuesto al que hace referencia el artículo 85.4 TRLGDCU, los “**motivos graves ajenos a la voluntad de las partes que alteren las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato**” puede ser causa que justifique la resolución unilateral del negocio jurídico en general, más allá del ámbito de la contratación de consumo.

---

*concertado un previo específico requisito para viabilizar caución resolutoria [...] ya que en tal supuesto fue eliminado el otro –en este caso el judicial-, dado que con esa especificación de modalidad se quiso dar a entender que solamente la pactada es la que podía alertar con efectividad al comprador para que el contrato quedara resuelto”.*

<sup>991</sup> Para comprender la justificación de esta *conditio sine qua non* del efecto resolutorio, es interesante hacer una breve referencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en los últimos años. Rompiendo con la visión tradicional y estricta del requerimiento del artículo 1.504 Cc como un requisito de forma *ad solemnitatem*, el TS da un giro sorprendente en su sentencia de 17 de julio de 2009 [RJ\2009\6475] y admite que la notificación pueda hacerse por cualquier medio fehaciente, en el supuesto concreto, un burofax. El TS argumenta que “*el texto legal se refiere al requerimiento judicial o notarial, pero esta Sala entiende, como ha hecho otras veces (por ejemplo, aceptando el aval bancario como consignación en el retracto) en aplicación al caso de la realidad social que impone el artículo 3.1 del Código civil para la interpretación de las leyes (que desarrolla la sentencia de 26 de febrero de 2004), que el requerimiento puede ser por medios distintos fehacientes, como es el telegrama o el burofax, lo que no es más que una interpretación extensiva de aquel precepto*”. Comenta esta sentencia por su carácter novedoso, PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pp. 1414 – 2223; REQUEIXO SOUTO, X.; PAZ COSTAS, C., “Nueva interpretación del artículo 1504 del Código civil sobre los medios de notificación válidos para el ejercicio del derecho de resolución. Comentario a la Sentencia del TS núm. 575 de 17 de julio de 2009”, *Dereito*, vol. 18, núm. 2, 2009, pp. 259 – 265.

Se ha hecho alusión posterior en la jurisprudencia menor a esta flexibilización del requisito del artículo 1.504 Cc (por ejemplo, la SAP Alicante de 3 de febrero de 2010 [JUR\2010\157871] lo entiende cumplido con dos burofax a la notaría del demandado, teniendo en cuenta la voluntad obstativa del demandado a recibirlos; la SAP Pontevedra de 27 de septiembre de 2010 [JUR\2010\354367], aunque conoce de un requerimiento notarial, alude a la evolución a posiciones más flexibles de la jurisprudencia). Sin embargo, el TS ha venido a ratificar el criterio tradicional contrario a la admisión de formas distintas de las expresamente previstas en la Ley, como el burofax. Así lo ha hecho de forma expresa, entre otras, en las sentencias de 4 de julio de 2011 [RJ\2011\5964], de 2 de octubre de 2012 [RJ\2012\9341], de 12 de noviembre de 2012 [RJ\2013\7], de 7 de febrero de 2014 [RJ\2014\1321] (también se asienta el criterio en jurisprudencia de Audiencias como en la de Barcelona, en su sentencia de 9 de octubre de 2012 [JUR\2012\372359]). En la primera de ellas explica el órgano jurisdiccional el porqué de la necesidad de seguir manteniendo una visión estricta del requisito formal: “*Llegados a este punto, razones ligadas con la especial protección que otorga el CC a las transmisiones de bienes inmuebles, que se traducen, por ejemplo, en la subsistencia de especiales solemnidades (artículos 1280.1º CC y 633 CC), unidas a la conveniencia de entender el precepto en sus estrictos términos, en tanto que no cabe interpretar extensivamente un presupuesto que, de darse, va a impedir que el comprador haga uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo, la cual se le reconoce expresamente en la citada norma y constituye la razón fundamental de su especialidad, aconsejan a esta Sala, reunida en Pleno, mantener el criterio tradicional y fijar doctrina jurisprudencial en el sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 CC al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad -el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho- que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial”.*



Así nos lo parece siempre y cuando se recalquen los dos elementos centrales: la gravedad – de modo análogo a lo que se ha señalado para el caso del incumplimiento- y la ajeneidad a la voluntad de las partes, que garantice la total exclusión de la posibilidad de arbitrariedad. Como tendremos ocasión de ver al hilo de un estudio de los componentes del comportamiento arbitrario, el más relevante sea posiblemente la no dependencia de la voluntad de una de las partes, la exigencia de un componente objetivo<sup>992</sup>.

### **b) Facultad unilateral de extinción del contrato *ad nutum***

En los casos anteriormente expuestos, está clara la justificación sobre la que se asienta la facultad de resolver el contrato sin que ello vulnere el principio de interdicción de la arbitrariedad. Pero, ¿y cuándo no existe un incumplimiento previo? ¿Y si no existe ninguna causa grave y ajena a la voluntad de una de las partes? ¿Es posible que una de las partes se desvincule del contrato unilateralmente? ¿Es posible el pacto al respecto?

DÍEZ-PICAZO<sup>993</sup> distingue tres supuestos en los que una parte puede poner fin a la relación contractual: bien en ejercicio de la facultad que la Ley concede si concurre una justa causa (resolución por incumplimiento, imposibilidad sobrevenida o extraordinaria modificación sobrevenida de las circunstancias), bien porque las partes han incluido una previsión en el contrato de tal forma que una de ellas o las dos pueden terminar el mismo por su sola y libre voluntad, o bien porque se trate de uno de los supuestos en los que la Ley concede a una o ambas partes esta facultad. Es el caso del contrato de comisión mercantil –el artículo 279 Ccom, con independencia de la duración determinada o no del contrato, permite al comitente revocar la comisión en cualquier estado del negocio aunque con ciertas obligaciones-; el mandato –el artículo 1732 Código civil dispone la revocación del mandante y la renuncia del mandatario como dos de los modos por los que se acaba el mandato-; o el contrato de obra –

---

<sup>992</sup> Es obligado traer aquí a colación el § 314 BGB tras la reforma del Derecho de obligaciones de 2002. Este párrafo permite a las partes en los contratos duraderos (*Dauerschuldverhältnissen*) dar por terminado el mismo sin necesidad de preaviso en el caso de que concurra una “causa importante” (*wichtiger Grund*), esto es, cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y sopesando los intereses de ambas partes, no se puede razonablemente esperar que continúe la relación contractual hasta el plazo acordado o hasta que expire el periodo de preaviso. En el caso de que esa “causa importante” consistiera en la vulneración de un deber del contrato, el contrato solo podrá terminar una vez que expire sin resultado el plazo especificado para la reparación o satisfacción o el aviso (sin perjuicio de que existan supuestos en los que no es necesario ese periodo de tiempo como, por ejemplo, en el caso de que el deudor renuncie definitivamente a cumplir con su obligación o no lo haga en la fecha especificada en el contrato si era un plazo esencial, § 323.2 BGB). En cualquier caso, el ejercicio de esta facultad que confiere el § 314 BGB requiere que se avise dentro de un plazo razonable desde que se tuvo conocimiento de la razón para terminar el contrato. Este precepto ha venido a positivizar un principio jurídico reconocido por doctrina y jurisprudencia según el cual las partes deben tener el derecho de poder desistir de un contrato duradero si existe una justa causa para ello (ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un nuevo Derecho de obligaciones...”, op. cit., pp. 1196 – 1198).

<sup>993</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 1084.

del que el dueño puede desistir “*por su sola voluntad*” con obligación de indemnizar los gastos, trabajo y utilidad- (artículo 1.594 Cc).

En estos supuestos, sin embargo, no hay arbitrariedad pues existe una razón en cada uno de los casos para que el legislador haya permitido a una o ambas partes poner fin a la relación obligatoria mediante un acto libre y voluntario. En cuanto a los contratos de comisión y de mandato, la relación *intuitus personae* que existe entre el comitente y el comisionista y el mandante y el mandatario, respectivamente. Además, dado que el mandato funciona en interés exclusivo del mandante, depende de su voluntad su continuación o terminación, se dice<sup>994</sup>. Una idea próxima está detrás de la posibilidad de desistimiento del dueño de la obra, facultad que tiene por ser su interés en conseguir la realización de la obra el interés central del contrato<sup>995</sup>.

**Si la terminación del contrato por voluntad de una de las partes se produce en un contrato de duración indeterminada, no sólo es posible sino que no se exige la**

---

<sup>994</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, op. cit., p. 502. No es el ordenamiento jurídico español el único: el §671.1 BGB también recoge la posibilidad del mandante de revocar el mandato en cualquier momento (“*Der Auftrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden*”). Del mismo modo lo hace el francés, cuyos artículos 2003, 2004 y 2007 facultan al mandante para revocar el mandato y al mandatario para renunciar al mismo en cualquier momento (article 2004: “*Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble [...]*”; article 2007: “*Le mandataire peut renoncer au mandat [...]*”), y el portugués en virtud del artículo 1170.1 (“O mandato é livremente revogável por qualquer das partes [...]”), aunque reconociendo expresamente la posibilidad de pacto en contrario ([...] não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação”). En el artículo 1170.2 del Código civil portugués, *a sensu contrario*, se vislumbra la idea de que esta facultad de revocación libre del mandante tiene su justificación en que se trata de una figura en interés exclusivo del mandante: “*Se, porém, o mandato tiver sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, não pode ser revogado pelo mandante sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa*”. Una regulación similar encontramos en el Código civil italiano, cuyo artículo 1723 reconoce en su primer párrafo la libre revocación del mandato para el mandante salvo pacto en contrario (“*Il mandante può revocare il mandato; ma se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa*”) y en el segundo la necesidad de justa causa si el mandato es en interés de otro sujeto distinto (“*Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca (2259); non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità (1425) del mandante*”).

En relación con el contrato de comisión regula igualmente el Código civil italiano la facultad de revocación del comitente: el artículo 1.727 señala que “*Il committente può revocare l'ordine di concludere l'affare fino a che il commissionario non l'abbia concluso*”.

<sup>995</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 400. Un precepto similar lo encontramos en el Código civil portugués. Así, el artículo 1229 regula la “desistência” del dueño de la obra como sigue: “*O dono da obra pode desistir da empreitada a todo o tempo, ainda que tenha sido iniciada a sua execução contanto que indemnize o empreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra*”. Asimismo, el ordenamiento jurídico italiano también prevé el “*recesso unilaterale dal contratto*” de obra en el artículo 1.671 Código civil: “*Il committente può recedere dal contratto (16603), anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*”.

conurrencia de justa causa para ello por el principio general de prohibición de vinculación perpetua contenido en el artículo 1.583 Cc<sup>996</sup>.

Tres ejemplos en los que el legislador ha reconocido expresamente esta facultad los encontramos en el contrato de agencia –el de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso en virtud del artículo 25.1 de la Ley que lo regula<sup>997</sup>; en el caso del factor mercantil –según el artículo 302 Ccom, si no tiene el empeño tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido–; y en el contrato de sociedad civil –para cuya disolución, tal y como dispone el artículo 1.705 Cc, es suficiente la voluntad o renuncia de uno de los socios si no se ha señalado término<sup>998</sup>.

De hecho, la vinculación *ad aeternum* se ha visto como una cuestión de orden público. Así, en un contrato de cesión de negocio de apuestas la STS de 26 de octubre de 1998 [RJ\1998\8237] declara la duración del mismo, prácticamente a perpetuidad, como opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria y al orden público. La SAP de Córdoba de 25 de enero de 2012 [JUR\2014\13006], por su parte, afirma “*que no existe en nuestro ordenamiento una norma que obligue a la perpetuidad de una relación comercial que se convino por tiempo indefinido o sin plazo expreso de duración, excluyendo así situaciones de servidumbre comercial imperecederas; y que la extinción por resolución unilateral de una relación de tales características no puede considerarse una conducta contraria a las reglas de la buena fe que, con carácter objetivo, deben imperar en un sistema de libre mercado, en el que, por el contrario, debe respetarse la libertad de elección y preferencias de los operadores, consumidores y usuarios frente a empresarios, proveedores y clientes*”.

---

<sup>996</sup> Precisamente con alusiones a la resolución unilateral *ad nutum*, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Comentario a los artículos 1583 a 1587”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1833. También comentado en TORRES LANA, J. A., “Comentario al artículo 1583”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1171. Por su parte, Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 366, señala la contrariedad de la perpetuidad al orden público y a la naturaleza misma de la relación obligatoria, por la limitación de la libertad que supone.

<sup>997</sup> Como expone MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 25...”, op. cit., p. 411, precisamente lo que caracteriza a la facultad de denuncia prevista en la Ley de contrato de agencia es la irrelevancia de los motivos: “*cuando éste [el contrato] ha sido pactado por tiempo indefinido y se trata además de contratos celebrados intuitu personae (como es el de agencia), ha de presumirse que en algún momento, incluso sin mediar incumplimiento contractual, pueda quebrar la confianza depositada en la contraparte, circunstancia esta que justificaría la denuncia. Ahora bien, ello es irrelevante para los fines que aquí interesan. Los motivos o causas por los cuales se decide poner fin al contrato ni tienen que ser mencionados, ni tienen siquiera por qué existir*”.

<sup>998</sup> Un artículo semejante lo encontramos en el §723.1 BGB que dispone que si no se ha determinado un periodo de tiempo definido para la sociedad, cada socio puede ponerle fin en cualquier momento.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO<sup>999</sup>, puede admitirse una libre denuncia o desistimiento unilateral -aunque la ley o el negocio jurídico no concedan una facultad semejante- si: se trata de una relación obligatoria duradera o de tracto sucesivo; no tiene previsto un plazo de duración temporal; se trata de una relación obligatoria en la que exista un *intuitus personae*, de tal manera que, cuando la confianza se frustra, aparece la posibilidad de poner fin a la relación como justa. Entendemos que hay que interpretar los dos últimos requisitos de forma disyuntiva, es decir, existe la posibilidad de desistimiento en contratos de duración indefinida (exista o no relación de confianza) pero también en contratos basados en un *intuitus personae* (aunque sean de duración determinada, como veremos en el siguiente apartado)<sup>1000</sup>.

Partiendo de la aceptación del desistimiento en contratos de duración indeterminada, el hecho de tener que respetar una duración mínima, un plazo de preaviso o realizar la denuncia mediando la buena fe y no en condiciones abusivas son circunstancias relevantes para indemnizaciones posteriores<sup>1001</sup>. En este sentido, la Ley de contrato de agencia que, como señalábamos, es un ejemplo de norma que cuenta con regulación expresa en esta materia, exige el preaviso por escrito a cualquiera de las partes que quiera denunciar unilateralmente el contrato estableciendo un plazo de “*un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses*” y con un mínimo de un mes si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año. Esta estipulación es, en principio, dispositiva en la medida en que el apartado tres permite a las partes pactar plazos de preaviso diferentes, con dos limitaciones. Por una parte, que el plazo de preaviso para el agente no sea inferior al del empresario. Por otra, que los plazos que se pueden pactar

---

<sup>999</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, op. cit., pp. 1087 – 1088.

<sup>1000</sup> BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 25 – 26.

<sup>1001</sup> A propósito del comentario de dos sentencias del Tribunal Supremo, se hace referencia a los efectos patrimoniales del desistimiento unilateral en sendos contratos de corretaje y de concesión, sin que, en sentido estricto, el desistimiento conlleve la indemnización de daño alguno sino que éstos –y su correlativa indemnización- derivan del incumplimiento de las condiciones del ejercicio, como el incumplimiento del plazo de preaviso, una conducta abusiva o un comportamiento contrario a la buena fe. GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario a la Sentencia de 25 de mayo de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, mayo – agosto 2010, pp. 761 – 771; MORALES MENÉNDEZ, I., “Comentario a la Sentencia de 18 de marzo de 2004”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, octubre – diciembre 2004, pp. 1309 – 1335. En el primer trabajo se recoge un extracto acerca de la base de las indemnizaciones: “*En tales casos su fundamento se ha de buscar, bien en el incumplimiento de lo acordado en punto al modo en que debía de realizarse la denuncia unilateral, bien en la omisión de la buena fe que modula el contenido de la relación negocial, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código de comercio y en el artículo 1258 del Código civil- y en uno y otro caso se advierte, en definitiva, la existencia de un incumplimiento contractual-, bien, en fin, en el ejercicio abusivo o malicioso de un derecho que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 y 2 del Código civil*” (STS de 13 de noviembre de 2008 [RJ\2008\5918]).

siempre tienen que ser mayores a los establecidos en la Ley. Por tanto, el legislador deja margen a la autonomía de la voluntad de las partes pero protegiendo a la parte débil de la relación de un plazo de preaviso simbólico y no real (inferior a un mes o proporcionales, en función de la duración del contrato) y no recíproco en su contra. En el caso del ya citado factor mercantil también se establece un mes como plazo para el desistimiento unilateral de cualquiera de las dos partes (artículo 302 Código de comercio), de forma similar al supuesto de denuncia de los contratos de transporte terrestre continuado de mercancías pactados por tiempo indefinido, regulado en el artículo 43 de la Ley 15/2009, que explicita varios requisitos, como el ejercicio de la denuncia de “buena fe” y la notificación con una antelación “razonable”, señalando treinta días naturales como límite inferior.

Por lo tanto, en este supuesto no nos movemos tanto en el terreno de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad –existe una justificación para que cualquiera de las partes pueda denunciar unilateralmente el contrato- como en el de una actuación conforme a la buena fe, en línea con lo que se expondrá con motivo de las cláusulas de prórroga automática de los contratos de duración determinada. Aun constituyendo un supuesto de hecho diferente, también lo fundamental será analizar cuándo el plazo para manifestar la voluntad de no prorrogar el contrato entra dentro de lo razonable.

Esta posibilidad aceptada hoy en día por doctrina y jurisprudencia ha sido de hecho recogida en la Propuesta de Modernización, cuyo párrafo 2º del artículo 1.121 viene a señalar la denuncia de buena fe en los contratos de duración indefinida<sup>1002</sup>, así como en el Anteproyecto de Código mercantil, que faculta a cualquiera de las partes a extinguir un contrato por tiempo indefinido, si no se hubiese pactado la forma de hacerlo, con la mera notificación a la otra parte en un plazo razonable<sup>1003</sup>. La misma finalidad tiene el artículo 5.1.8 Principios UNIDROIT<sup>1004</sup> y el artículo 6:109 PECL<sup>1005</sup>.

---

<sup>1002</sup> Artículo 1121 PM: “La obligación sujeta a un término final se extinguirá cuando llegue el día señalado o cuando el término final se deduzca de los usos. Si las relaciones fueran de duración indefinida y del título o de la ley no resultare otra cosa, se extinguirán por su denuncia por cualquiera de las partes hecha de buena fe”. Acerca de este artículo ver GÁLVEZ CRIADO, A., “El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código civil”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 526 y ss.

<sup>1003</sup> Artículo 416- 3: “Cuando se trate de un contrato por tiempo indefinido y no se hubiere pactado en el mismo la forma de extinguirlo, cualquiera de las partes podrá hacerlo notificándose a la otra parte en un plazo razonable”.

<sup>1004</sup> Artículo 5.1.8 UNIDROIT: “Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación”.

<sup>1005</sup> Artículo 6:109 PECL: “Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso de duración razonable”.

Como ratificación de la ausencia de vulneración alguna del artículo 1.256 Cc en los casos de desistimiento unilateral en contratos de carácter indefinido podemos hacer referencia a algunas resoluciones que forman parte de la abundante jurisprudencia al respecto.

Hay una mayoría de supuestos de hecho cuyo objeto son contratos de distribución. Lo son los contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002 [RJ\2002\2849], de 18 de marzo de 2004 [RJ\2004\2147], o de 9 de julio de 2008 [RJ\2008\4369], que concluyen con sendos pronunciamientos negando que, entre otros argumentos, la facultad de las partes en orden al desistimiento unilateral suponga dejar al arbitrio de una de las partes el contrato, siendo la justificación de este tipo de cláusulas una *“válvula de seguridad para compensar a los contratantes del riesgo que mutuamente corren”*. A la misma solución llega el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de mayo de 2009 [RJ\2009\3176]: en este caso no existe entre las partes un verdadero contrato de distribución sino una simple concatenación de contratos de compraventa sostenidos sobre la relación familiar que existe entre las personas físicas que ostentan la dirección de ambas empresas, de lo que se derivan una serie de privilegios. La decisión de no mantener por más tiempo dichos privilegios no constituye un supuesto de desistimiento unilateral indemnizable ni vulnera el artículo 1.256 Cc por ser una modificación arbitraria de las condiciones –privilegios– porque lo no justificado es, precisamente, su mantenimiento. Es más, continúa el Tribunal, aún en el caso de que se estuviera ante un contrato de distribución, dada su vocación indefinida, las partes tendrían la facultad de poner fin a la relación jurídica de forma unilateral sin ningún efecto indemnizatorio.

Tampoco se exige una justa causa en las sentencias del mismo órgano jurisdiccional de 22 de diciembre de 2006 [RJ\2007\263], 28 de enero de 2009 [RJ\2009\1355] y 16 de julio de 2010 [RJ\2010\6555], aunque en estos supuestos sí que concurra –desestructuración de la empresa distribuidora y pérdida de confianza como consecuencia del fallecimiento del fundador de una de las empresas, en el primer caso; necesidad de reestructuración de la red de operadores como consecuencia de una nueva normativa comunitaria, en los dos últimos–. De forma explícita el Tribunal Supremo afirma que *“encierra todo un contrasentido el exigir que la denuncia unilateral de un contrato por tiempo indefinido, expresamente contemplada en el contrato como facultad de ambas partes fijando un determinado plazo de preaviso para su ejercicio, responda a una justa causa”* (STS de 28 de enero de 2009).

Una cláusula por la que se permite la terminación con dos años de preaviso de un contrato de concesión, voluntariamente para ambas partes y sin derecho a indemnización, no produce ninguna situación de abuso ni de vulneración de artículos como el 1.255, 1.256 o 1.258 Cc

(SSTS de 30 de diciembre de 2010 [RJ\2011\149] y de 10 de marzo de 2010 [RJ\2010\2379]. En el mismo sentido resuelve en la sentencia de 1 de junio de 2012 ([RJ\2012\6699]) respecto de un contrato de concesión mercantil: no es necesario que el concedente alegue justa causa para la resolución unilateral del contrato sino que se trata de ejercitar la facultad concedida a ambas partes, fundada en el tipo y la indeterminada duración que las vincula y siempre que su ejercicio no resulte extralimitado a la luz del estándar de comportamiento que sanciona el artículo 7 Cc, lo que no sucede en el supuesto de hecho por cuanto la concedente cumple con el preaviso de dos años previsto en el contrato.

Tampoco fuera del sector de la distribución se aprecia la infracción de estos y otros artículos – como el artículo 57 Ccom- en el desistimiento unilateral. A modo de ejemplo, un contrato de comisión mercantil sin plazo determinado, argumentando con apoyo, además, en el ya mencionado artículo 279 Ccom ya que *“esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza, y se convierte en regla cuando la relación negocial no tiene plazo definido de duración”* (STS de 13 de noviembre de 2008 [RJ\2008\5918]). Del mismo modo, es procedente la extinción de un contrato de agencia - con regulación propia en esta cuestión, como vimos- sin que suponga la cláusula que reconoce tal facultad a ambas partes que la validez o el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes pues *“cualquiera de ellos podía tomar la iniciativa a los efectos en ella previstos”* (STS de 27 de enero de 2003 [RJ\2003\1137])<sup>1006</sup>.

Quedan eliminados, por consiguiente, los problemas con la interdicción de la arbitrariedad en el caso de la denuncia del contrato cuando éste tiene un plazo indefinido, porque esta forma de terminación por voluntad de una de las partes tienen un fundamento. Es opinable, sin embargo, el caso del **desistimiento unilateral en contratos con tiempo determinado**. ¿Es lícito pactar esta facultad?

VALPUESTA<sup>1007</sup> enumera, como fundamentos para que una voluntad unilateral pueda volver ineficaz un negocio perfecto de duración determinada, la ley, la confianza, el pacto de las partes y la justa causa. En lo concerniente a la primera mención, efectivamente, la ley permite ciertos supuestos de desistimiento que no implican excepción a la prohibición de

<sup>1006</sup> Sí que se declara nula la cláusula que recoge la renuncia a la indemnización por clientela debido al carácter indisponible de esta indemnización, recogida en el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia.

<sup>1007</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad...*, op. cit., pp. 191 y ss.

arbitrio, sino que tienen una justificación objetiva<sup>1008</sup>. Por su parte, los contratos basados en la confianza suponen, según el autor, una quiebra al principio de prohibición de la arbitrariedad en la esfera contractual, siendo la razón de que se permita el desistimiento *ad nutum* el hecho de que “*la confianza que se tiene en la contraparte y que motivó a contratar con ella es un hecho subjetivo e infiscalizable*”, de tal forma que la justa causa que constituye la pérdida de la confianza no está sujeta a control.

Como sabemos, dos supuestos en los que legalmente se concede a una de las partes la facultad de “desistir unilateralmente” del contrato con base, precisamente, en la quiebra de la confianza, son el contrato de mandato y el contrato de comisión. Así, como ya se apuntó, “*el mandante puede revocar el mandato a su voluntad*” (art. 1733 Cc), mientras que el artículo 279 Ccom habilita al comitente para “*revocar la comisión conferida al comisionista, en cualquier estado del negocio, poniéndolo en su noticia, pero quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación*”. El Tribunal Supremo ha señalado que “*esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la confianza recíproca*” (Sentencia de 13 de noviembre de 2008 [RJ\2008\5918]).

Aunque relacionando la falta de confianza con el incumplimiento del deber de fidelidad con trascendencia resolutoria, en un contrato de arrendamiento de servicios en virtud del cual un abogado colabora como asesor externo de una entidad crediticia, se pone de manifiesto la relevancia de la pérdida de confianza por parte de esta última ante la existencia de un conflicto de intereses: resulta probado un entramado de relaciones económicas, societarias y profesionales entre diversos clientes y ex directivos del banco y los asesores jurídicos del mismo, estando estos clientes y ex directivos en una situación de enfrentamiento con el banco, mediando diversos procesos, incluso de carácter penal. El contrato de prestación de servicios está asentado sobre una relación personal *intuitu personae*, de lo que deriva la especial importancia que presenta en este tipo de negocios jurídicos la extinción de la relación jurídica contractual por decisión unilateral de una de las partes ante la pérdida de confianza en la otra. En el supuesto de hecho existen situaciones de trascendencia social, económica o jurídica suficiente para entender que el abogado corre serio riesgo de hallarse comprometido en la gestión o defensa de intereses contrarios a los de su cliente y este riesgo permite concluir que objetivamente existe un conflicto de intereses o colusión con

---

<sup>1008</sup> El autor recuerda los supuestos de revocación (en el mandato, por su unilateralidad), de resolución (por el incumplimiento de las obligaciones o las circunstancias nuevas sobrevenidas, en la donación), de denuncia (en el caso de la falta de determinación del plazo), etc. *Ibidem*, op. cit., pp. 196 – 197.



aptitud para comprometer gravemente el deber de fidelidad del abogado, con lo que la denuncia unilateral del cliente resulta procedente (STS de 10 de julio de 2007 [RJ\2007\3881]).

Respecto a los últimos dos supuestos que VALPUESTA señalaba para que una voluntad unilateral pueda volver ineficaz un negocio perfecto de duración determinada, el pacto y la justa causa, serán objeto de un tratamiento conjunto porque, opinamos, deben ir de la mano, al menos en el sentido de que el primero necesita de la segunda para admitir su validez.

Al hilo de la pregunta planteada –la licitud del pacto de desistimiento unilateral en contratos con tiempo determinado–, se ha afirmado en alguna ocasión que, con independencia de cualquier reconocimiento legal, el desistimiento puede ser establecido por la voluntad de los contratantes. En este sentido, RODRÍGUEZ MARÍN<sup>1009</sup> afirma que, a pesar de las tendencias actuales encaminadas a limitar los dominios de la voluntad en el campo de las obligaciones y a revisar la clásica doctrina de la libertad contractual, no hay obstáculo para que la voluntad de las partes contratantes dé por terminada una relación contractual, es decir, “*que las partes, mediante la introducción de pactos o cláusulas de carácter convencional, dan la posibilidad a una de ellas que cuando se produzcan las circunstancias para las cuales se ha establecido el desistimiento, éste se llevará a cabo*”. No nos queda claro qué requisitos deben cumplir esas “circunstancias” a las que alude la autora o si las limitaciones que apunta se reducen al preaviso y a otros efectos patrimoniales previstos para el supuesto de que se trate. Si esos elementos se vinculan con la necesidad de una causa justificada, no habría problema. Por el contrario, si se habla de una cláusula de desistimiento unilateral que, sin ningún límite, puede ser establecida por la voluntad de los contratantes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, la contestación no puede ser la misma por nuestra parte.

Efectivamente, desde nuestro punto de vista, sólo cabe aceptar que se reconozca a una parte la facultad de poner fin al contrato si dicha facultad está vinculada con la concurrencia de determinadas circunstancias, que tienen que suponer una justificación objetiva en la medida en que no dependan de la mera voluntad de la parte en cuestión para no incurrir en un comportamiento contrario a la interdicción de la arbitrariedad<sup>1010</sup>. Así lo entendió

---

<sup>1009</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 183 – 187.

<sup>1010</sup> Cabría plantearse si sería válida una cláusula por la que se pudiera dar por terminado el contrato aunque no concurriera justa causa si se prevé una indemnización o penalización. Esta indemnización actuaría a modo

VALPUESTA, para quien, si se permitiera que el desistimiento fuera libre sin aducir justa causa alguna, sería nulo porque supondría una condición potestativa resolutoria y porque “la imperatividad de la lógica aplastante del artículo 1.256 del Código civil y su propia dicción literal (“...no pueden dejarse...”) excluyen en nuestro Derecho esta posibilidad, que en cualquier ordenamiento conduce a un absurdo jurídico”<sup>1011</sup>. De hecho, el autor hace alusión a dos textos del momento, la LGDCU y el Anteproyecto de ley sobre condiciones generales, textos que refuerzan al artículo 1.256 Cc –“*minusvalorado*”, según su opinión- contra los pactos de libre resolución al rechazar la validez del pacto de libre desistimiento, aunque sea dentro del ámbito de contratos que comprenden.

Aunque sin hacer referencia expresa al artículo 1.256 Cc, un claro ejemplo de la necesidad de concurrencia de justa causa para que pueda ser admitida una cláusula de desistimiento unilateral en contratos entre empresarios se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010 ([RJ\2010\4360]), respecto de un contrato de distribución en exclusiva de prensa y libros en el que se incluye una cláusula de resolución según la cual el editor puede resolver el contrato por causa justificada con un preaviso de tres meses. Dentro de las circunstancias que se consideran como “causa justificada” en el contrato se encuentra un “*inadecuado grado de penetración de cualquiera de las publicaciones, a juicio del Editor*”, estipulación que no puede ser interpretada de forma que permita al editor denunciar el contrato *ad nutum* y dejar, por tanto, el cumplimiento de lo convenido al arbitrio del mismo. Por el contrario, para que sea válida, debe entenderse como la existencia de una defraudación de las legítimas expectativas razonables del editor. Es, por tanto, injustificada, la resolución unilateral anticipada en el caso concreto puesto que se considera probado que el grado de penetración de las publicaciones del editor en el año correspondiente fue igual o mayor que el existente en los momentos previos y coetáneos a la firma de los contratos<sup>1012</sup>.

---

de compensación para el adherente de tal modo que se equilibraran las posiciones de los contratantes. Es una solución prevista, como ya hemos señalado, en el contrato de obra para el comitente, pero por su especial naturaleza (art. 1594 Cc). También en la LAU para los arrendamientos de vivienda (art. 11) aunque con la intención de proteger al arrendatario, que es precisamente quien puede ejercitar el desestimiento y al que se considera parte débil, a diferencia de lo que ocurriría en el caso que nos planteamos, donde el predisponente – parte fuerte- sería el que se reservaría la facultad. Además, no se prevé tal posibilidad en los casos que entran dentro del ámbito de la LAU y en los que ambas partes sí que son empresarios, que son los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

Para admitir tal cláusula como equilibrada, la indemnización o penalización a cargo del predisponente tendría que *realmente* compensar al adherente. Tenemos que tener en cuenta que el contrato está quedando en manos de uno de los dos contratantes que, precisamente, es el que ha determinado el contenido del contrato que le ha sido impuesto al adherente.

<sup>1011</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad...*, op. cit., pp. 192 y ss., en concreto, p. 193.

<sup>1012</sup> Recordamos también en el sector de la distribución cómo determinadas cláusulas podían llegar a ser problemáticas en este sentido puesto que hacían depender la posibilidad del predisponente de desvincularse del contrato en supuestos por él predispuestos y que dependían de algún concepto altamente indeterminado

No entraremos ahora a valorar en profundidad qué se puede entender por “causa justa” porque consideramos que dicha tarea será más fácil de abordar –o, al menos, de una forma más completa- una vez se hayan apuntado las líneas básicas de todos los supuestos que hemos englobado en el estudio del artículo 1.256 Cc y que no representan sino concreciones del principio general de interdicción de la arbitrariedad. En todo caso, se puede anticipar cómo se repite un mismo patrón en el que la objetividad y la ajeneidad del ámbito de decisión de una de las partes son elementos que componen un comportamiento no arbitrario.

Es imprescindible un último apunte. Tanto el artículo 85.4 como el 87.3 TRLGDCU, respecto de la resolución anticipada de los contratos de duración determinada en contratación con consumidores, incluyen una muy criticada “exoneración” al carácter abusivo de la cláusula. Se exceptúa la nulidad, así, en el caso en el que también al consumidor se le reconozca la misma facultad que al empresario. La doctrina ha puesto en duda el acierto de esta norma que implica que es suficiente para evitar una vulneración de los límites de la autonomía privada el hecho de que ambas partes tengan las mismas opciones en relación con la subsistencia del contrato<sup>1013</sup>. Esta equivalencia en lo formal no tiene por qué tener su correlativo en el plano material puesto que la importancia que puede conllevar para el profesional que contrata en masa un negocio jurídico en concreto y su mantenimiento posiblemente no será la misma que para el consumidor<sup>1014</sup>. Como sabemos, el concepto de equilibrio o reciprocidad tantas veces aludido tiene que desplegar sus efectos en cuanto a contenido real de la cláusula, puesta en relación con el resto del contrato. Tiene que seguir presente la idea de necesidad de concurrencia de justa causa para poder aceptar una cláusula de desistimiento unilateral porque el hecho de que ambas partes puedan hacer uso de la facultad no elimina la arbitrariedad sancionada por el legislador si, a efectos

---

como un incumplimiento “reiterado”, “según opinión fundada de la compañía”, acciones que “deterioren el prestigio de la marca”.

<sup>1013</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., p. 877. Con la misma visión crítica, MARTÍNEZ SANZ, F.; JUAN Y MATEU, F., “Comentario a la Disposición Adicional Primera. I. 2º”, en MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 1013; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 85.4...”, op. cit., pp. 1036 – 1037.

<sup>1014</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., p. 877, hace referencia a casos en los que se le reconoce el derecho al consumidor por imperativo legal, con independencia del clausulado del contrato o cuando la utilidad no sea la misma para el adherente que para el predisponente. Respecto a este último caso, se señalan dos sectores en los que es muy evidente la diferente implicación de la facultad de desistimiento, como son el de los contratos bancarios y el de contrato de seguro.

prácticos, realmente solo una de ellas puede verse beneficiada por dicha facultad si las consecuencias de su ejercicio son distintas: sería “una igualdad en el absurdo”<sup>1015 1016</sup>.

Hasta aquí, la conclusión a la que se puede llegar respecto al desistimiento unilateral en relación al principio de interdicción de la arbitrariedad, es que no se trata de una excepción al mismo porque en todos los casos en los que es admisible que una voluntad unilateral provoque la ineficacia del contrato existe una justificación que la respalda. Esta justificación no es controvertida en el caso de la resolución por incumplimiento y la denuncia de los contratos por tiempo indefinido. Pero, en los contratos con un plazo determinado, la justificación implica que tienen que concurrir una serie de presupuestos entre los que destaca la existencia de una justa causa que elimine el “arbitrio” de la actuación y, como exigencia común del control material, una cierta reciprocidad, que debe serlo en cuanto al contenido de los derechos y obligaciones en el contrato y no solo formal. Estas exigencias no son solo aplicables cuando la parte débil es un consumidor sino que, al derivar todas ellas del principio general de interdicción de la arbitrariedad, son parámetros que deben cumplir también los contratos entre empresarios. De forma muy clara lo

---

<sup>1015</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad...*, op. cit., p. 201.

<sup>1016</sup> A modo de ejemplo, aunque se trata de un contrato con consumidores, la SAP de Castellón de 10 de octubre de 2000 [JUR\2001\34225] resuelve un recurso acerca de la nulidad de una cláusula en un contrato mediante condiciones generales mediante el que se lleva a cabo una compraventa relativa a una vivienda unifamiliar. En el contrato se recoge la facultad de desistimiento a ambas partes sin necesidad de causa justificada pero con distintas consecuencias: mientras que la empresa predisponente deberá devolver las arras o señal entregada por la consumidora adherente, ésta perderá las mismas. El argumento sobre el que se asienta el fallo es la vulneración de la normativa sobre las arras porque se sustituye el régimen del artículo 1.454 del Código civil, en relación con la legislación de consumo y la retención de cantidades abonadas por el consumidor en el caso de renuncia de éste.

El tenor de la cláusula controvertida es el siguiente: “Caso de que el titular de la reserva –comprador– desistiera de la compra o no se presentase a formalizar y firmar el correspondiente contrato o escritura pública de compraventa dentro del plazo indicado, perderá todo su derecho a la reserva, que quedará nula y sin valor ni efecto, y la cantidad entregada en este acto quedará en poder y propiedad de la vendedora, conforme al artículo 1454 del Código civil y en concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados y por la limitación de la facultad de disposición que esta reserva comporta. Si fuera PROIMPIR, S.L. quien desistiera de la operación, deberá devolver al comprador la cantidad que hoy recibe como señal o arras”.

Citando la sentencia de instancia, la Audiencia entiende que “en la cláusula analizada sólo se penaliza a la parte compradora, la cual, además de perder la cantidad entregada, está siempre a la voluntad de lo que quiera disponer la parte vendedora, ya que ésta pueda incurrir en mora para entregar la vivienda objeto del contrato durante más de dos años y la única penalización es para la parte compradora, que pierde la suma entregada si desiste; mientras que la parte vendedora puede desistir en cualquier momento sin ninguna clase de requerimiento y sin pagar por ello cantidad alguna, lo que implica que cuando tuviera un nuevo comprado dispuesto a pagar mayor cantidad, sólo tenía [...] que no fijar un día y hora concreto para la formalización del contrato, darle “largas” a la parte compradora con quien estipuló el contrato y posteriormente “desistir”, alegando además que ya había pasado el plazo para formalizar el contrato de compraventa”.

Aunque esta sentencia ha sido anulada y casada (STS de 3 de junio de 2008 [RJ\2008\4170]), lo es en cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas (integración, eliminación de la facultad de desistimiento para las dos partes) y no a la nulidad en cuestión.

manifiesta la última sentencia citada, que extiende lo dicho en referencia a un contrato con consumidores al ámbito mercantil:

*“Las cláusulas de desistimiento o resolución unilateral que autorizan al empresario predisponente a poner fin al contrato sin justificación suficiente y, todavía más grave, ad nutum o de forma libre utilizadas en los formularios de condiciones generales en contratación con consumidores han sido calificadas de abusivas por la Ley 7/1998. Así lo establecen los actuales [...] que prohíben la cláusulas, como el tenor de la analizada, que autorizan al predisponente a desvincularse del contrato de forma arbitraria o sin causa justificada y sin incurrir en responsabilidad frente al consumidor; **también contrarias al artículo 1.256 del Código civil en contratación con no consumidores, ya que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato**”<sup>1017</sup>.*

#### **1.1.vi. Facultades respecto de plazos relacionados con la oferta o el cumplimiento de la prestación**

La fijación unilateral de determinados plazos de la vida de la relación obligatoria puede suponer una gran ventaja para el predisponente. La consolidación de su posición de primacía puede venir por estar ante un plazo excesivamente amplio o demasiado corto –a su favor y en perjuicio del adherente, según los supuestos- o por no quedar claramente definido el mismo, pudiendo el predisponente, en un momento posterior y según su conveniencia, determinarlo. Este tipo de pactos son los que brevemente trataremos en los epígrafes siguientes, referidos a los plazos para la aceptación o rechazo de la oferta contractual, para el cumplimiento de la prestación debida y, en un apartado posterior, para la prórroga del contrato.

##### **a) Plazo para la aceptación o rechazo de una oferta**

El apartado primero del artículo 85 TRLGDCU recoge el supuesto de cláusulas que reserven al empresario un **plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado** para aceptar o rechazar una oferta contractual. Sin entrar a valorar la ubicación de esta cláusula en sede contractual, cuando hace referencia a una condición que realmente está llamada a surtir efecto en una fase previa a la misma, la doctrina ha puesto de manifiesto que la intención del legislador es evitar que el consumidor (oferente, en este supuesto) quede vinculado demasiado tiempo o con un alto grado de incertidumbre a su oferta y a

<sup>1017</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de octubre de 2000 (la negrita es nuestra).

expensas de una declaración de aceptación del empresario, mediante la que se perfeccione el contrato.

Hay que matizar que este supuesto no es en puridad una condición general de la contratación ya que no cumple el requisito de contractualidad sino que tiene sentido cuando en la formación del contrato la declaración de voluntad del consumidor no implica la aceptación y la consiguiente perfección del contrato, sino que será una ulterior declaración de aceptación del empresario la que perfeccione el mismo<sup>1018</sup>. Se trata, por ejemplo, de la firma de un formulario de pedido o algún documento similar a modo de oferta, es decir, de un supuesto de incorporación de condiciones generales a una declaración de voluntad<sup>1019</sup>. Para cumplir con la exigencia de contractualidad del art. 1 LCGC basta con que las cláusulas puedan influir, incluso de forma meramente indirecta, sobre los derechos y deberes contractuales<sup>1020</sup>.

Si nos preguntamos acerca de la conveniencia de una limitación similar a la referida en la esfera de los consumidores pero en el ámbito de la contratación entre empresarios mediante condiciones generales, nos parece que la respuesta, aún con matices, podría ser afirmativa. Es más, no parece muy aventurado afirmar que este tipo de cláusulas pueden tener una mayor aplicación en la práctica mercantil que en las relaciones con consumidores.

En todo caso, no es sencillo fijar un plazo “modelo” que pudiéramos considerar como conforme a Derecho y que funcionara como parámetro comparativo. Fuera de la legislación de consumo y de algunos casos concretos, el legislador ha mantenido silencio acerca de un estándar de duración máxima de la propuesta contractual cuando ni el oferente ni la ley determinan un plazo de vigencia de la misma. Así, ni el Código civil ni el Código de comercio recogen un precepto que nos indique cuándo un plazo es excesivamente largo en materia de aceptación de ofertas contractuales.

---

<sup>1018</sup> Tal y como razona PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular...”, op. cit., p. 789. En el mismo sentido se habían manifestado con anterioridad DURANY PICH, S., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., pp. 980 – 981; CÁMARA AGUILA, M. P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª...”, op. cit., p. 837.

<sup>1019</sup> DURANY PICH, S., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., p. 981.

En este sentido, es de notar que el Proyecto de LCGC incluía en el art. 1 *in fine* una mención que se suprimió durante la tramitación y que encuadraba dentro del concepto de condiciones generales de contratación a aquellas que –sin perjuicio del resto de requisitos– hubieran sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o *declaraciones jurídicamente relevantes*.

<sup>1020</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 1337 - 1339. Señala el autor que por este motivo cláusulas como la que nos ocupan en este epígrafe, entre otras, son objeto de la LCGC.

Si nos fijamos en las propuestas de unificación del Derecho europeo, el artículo 2:206 PECL determina que, a falta de pacto, debe llegarle al oferente la aceptación “*en un plazo razonable*”, siendo criterios para determinar lo que se entiende por razonable en ese caso concreto, la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad (artículo 1:302). De mismo modo aborda la cuestión el DCFR, cuya regla 4:206 (Libro II) vuelve a remitir a un plazo “*razonable*” para aceptar la propuesta si no se ha fijado uno concreto por el oferente<sup>1021</sup>.

Centrándonos en el derecho aplicable, al mismo criterio remiten los Principios Unidroit (2.7)<sup>1022</sup> y el Convenio de Viena en su artículo 18.2, artículo en virtud del cual la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente, salvo que no lo haga dentro del plazo que éste haya fijado o, en su defecto, “*dentro de un plazo razonable*”. En este caso los elementos a tener en cuenta para dotar de contenido esta regla son “*las circunstancias de la transacción*” y, en particular, “*la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente*”<sup>1023</sup>.

Por otra parte, aunque refiriéndose a un plazo mínimo vinculante para el asegurador, el artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro otorga un carácter vinculante a la proposición de seguro por parte del asegurador durante un plazo de quince días<sup>1024</sup>.

Es sabido que dentro de los requisitos de la declaración de aceptación se encuentra su carácter tempestivo, esto es, que se manifieste mientras la oferta está vigente. Este elemento es fácil de determinar cuando el oferente ha fijado un plazo de duración de la propuesta,

<sup>1021</sup> Respecto a lo que se considera como “*razonable*” también el DCFR acude a los mismos parámetros, como son la naturaleza y propósito (“*purpose*”) de lo que se está haciendo (“*of what is being done*”), las circunstancias del caso y usos y prácticas relevantes. PERALES VISCASILLAS, P., “La oferta y la aceptación en el DCFR (Draft Common Frame of Reference)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 94, alude a lo adecuado del método de determinación puesto que permite tener en cuenta las diferencias entre las transacciones susceptibles de ser reguladas.

<sup>1022</sup> “*La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente [...]*”. Vid. PERALES VISCASILLAS, P., “Formación”, en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, p. 134.

<sup>1023</sup> DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario a los artículos 14 a 24”, en DÍEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 183 – 184, entiende que el plazo razonable es el que resulte del cumplimiento de las reglas de la diligencia y de la buena fe. Con las “*circunstancias de la transacción*” se quiere hacer referencia a características de la operación o de las mercaderías que pueden conllevar una especial urgencia. Con la alusión a la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente, entiende el autor que si éstos son especialmente rápidos, no es razonable que el aceptante utilice otros distintos.

<sup>1024</sup> ARROYO, I; BOET, E.; MIQUEL, J. (et al.), *Ley de contrato de seguro con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 30 – 31.

pero en ausencia de él –y de norma expresa al respecto- hay que delimitar la vigencia de esa propuesta porque, en todo caso, no puede ser perpetua<sup>1025</sup>. En este sentido, la doctrina ha entendido que, aun en ausencia de plazo por parte del oferente o del legislador, existiría una limitación temporal que vendría dada por *lo razonable*<sup>1026</sup>. No nos parece, efectivamente, que sea posible defender que el silencio al respecto pueda implicar una vigencia infinita de la oferta que el destinatario pueda aceptar en cualquier momento, por mucho tiempo que haya transcurrido. Desde este punto de vista, tanto la jurisprudencia como la doctrina han abogado por la existencia de un plazo máximo de vigencia implícito que vendría determinado por la buena fe y, en concreto, por parámetros como la naturaleza del contrato o las circunstancias de la propuesta, parámetros en consonancia con los que recoge la Convención de Viena, los PECL o el DCFR. Se entiende que, según las características del contrato, puede estar justificada una mayor dilación por parte de la empresa predisponente en aceptar la oferta en casos en los que objetivamente sea necesario que el predisponente valore la propuesta contractual recibida<sup>1027</sup>. En este sentido, nos parecen de gran ayuda los parámetros que PERALES<sup>1028</sup> apunta en un intento de concretar la regla contenida en la Convención de Viena acerca de la “*duración razonable*”: habrá que estar al medio de comunicación empleado por el oferente, la forma de comunicar la aceptación o a las circunstancias de la transacción, donde aspectos tales como el tipo de las mercancías ofrecidas –perecederas, con precio sujeto a constantes variaciones- o la complejidad del

<sup>1025</sup> Al respecto, CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicación del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 107, afirma que si uno no puede vincularse perpetuamente a no disponer de la propiedad, por los mismos principios constitucionales (arts. 10 CE o, entre otros, 348 y 155 Cc), tampoco puede atar indefinidamente la autonomía privada negocial. Por otra parte, Díez-Picazo, L.; Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 66, afirman que si no he hubiera establecido ningún plazo, habrá que completar esa ausencia con la buena fe o los usos (artículo 1.258 Cc), atendiendo al tipo de contrato.

<sup>1026</sup> Vide, entre otros, Díez-Picazo, L., “La formación del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, enero – marzo, 1995, pp. 21 y ss.; Martínez Gallego, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 108 – 109; Brenes Cortés, J., “Régimen jurídico de la solicitud y la proposición en el contrato de seguro. La formación del contrato de seguro”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, p. 83. Menéndez Mato, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 188, advierte que, en el caso de que el oferente no se pronuncie sobre la vigencia, se establecerá de acuerdo a “*sus circunstancias particulares y/o a los usos existentes en el ámbito contractual en el que está inmersa*”. Al hilo de su estudio de la formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, Perales Viscasillas, P., *La formación del contrato...*, op. cit., pp. 574 – 575, destaca el valor del uso del término “*duración razonable*” ya que, lejos de producir incertidumbre en las relaciones negociales, aporta una seguridad adaptable y flexible a las particularidades de cada negocio concreto, “*especialmente ante la posibilidad de que compradores y vendedores pertenezcan a entornos económicos distintos*”. Reitera esta idea en “La oferta y la aceptación en el DCFR...”, op. cit., p. 94.

<sup>1027</sup> No se podría concluir lo mismo cuando lo que pretenda el predisponente sea sacar provecho de su situación de superioridad jugando con ese plazo a su favor. Pertíñez Vilchez, F., “Cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 792, alude a un empresario que pretende tener la posibilidad de desvincularse de la oferta si durante ese lapso de tiempo el contrato deja de interesarle por razones diferentes al análisis de las particularidades de una oferta concreta, sino con las fluctuaciones del mercado o con aspectos organizativos internos.

<sup>1028</sup> Perales Viscasillas, P., *La formación del contrato...*, op. cit., pp. 574 y ss.



acuerdo que se pretende alcanzar pueden hacer de un plazo procedente en un contexto que no lo sea en otro.

Si la regla de la duración limitada de la oferta se establece como una medida de protección al oferente en general<sup>1029</sup>, esta tutela tiene todavía más sentido cuando se trata de condiciones generales impuestas por el empresario predisponente a la declaración del adherente que hace el pedido. Sería tanto como dejar a la decisión de una de las partes la conclusión del contrato y ni siquiera el argumento de que es el oferente el que ha renunciado a fijar un plazo tendría sentido en el supuesto que valoramos: al referirnos a condiciones generales, el adherente no ha tenido la posibilidad de limitar el tiempo con el que cuenta el predisponente para aceptar la oferta. Y no sólo en la contratación con consumidores sino también entre empresarios, que se pueden ver igualmente afectados por una vinculación demasiado larga impuesta por el predisponente<sup>1030</sup>. Es más, la celeridad característica de las relaciones comerciales impone la necesidad de un plazo que no se prolongue más que lo estrictamente necesario para cerrar el contrato mercantil y, por otra parte, que esté claramente definido. Porque lo escrito acerca de los plazos excesivamente largos también es de aplicación para el otro supuesto que recoge el precepto en sede de consumo y del que nos ocuparemos a continuación: que el plazo para la aceptación o rechazo de la oferta esté insuficientemente determinado.

Estaríamos hablando de la imposición de un plazo para que el predisponente aceptara la “oferta” o pedido de la contraparte y se perfeccionara el contrato, caracterizado por una elevada indeterminación. En este caso, la doctrina ha vinculado este **plazo insuficientemente determinado** con lo que podría ser un problema de comprensión por parte del adherente debido al uso de términos imprecisos –situándolo en el ámbito de la falta de incorporación, artículos 5 y 7 LCGC- o, por otra parte, con una situación en la que se deja al arbitrio de una de las partes, el predisponente, la perfección del contrato, si la indeterminación consiste en el acontecimiento de un suceso que depende del predisponente o que está dentro de su esfera de actuación –artículo 1.256 Cc y la interdicción de la arbitrariedad-<sup>1031</sup>. También en estos supuestos deberían ser objeto de protección los

<sup>1029</sup> “La regla de caducidad de la oferta está establecida en interés del oferente”, señala DÍEZ-PICAZO, L., “La formación...”, op. cit., p. 29.

<sup>1030</sup> Ciertamente es que la oferta, en nuestro ordenamiento jurídico es, por regla general, revocable, salvo algunas modalidades de contratación, pero con consumidores. Acerca de la revocabilidad de la oferta, *vid.* CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación...*, op. cit., pp. 85 – 102.

<sup>1031</sup> DURANY PICH, S., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., p. 985; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario a los artículos...”, op. cit., pp. 999.

empresarios adherentes. Parece que se podrían reconducir por cualquier de las dos vías mencionadas en la medida en que los preceptos citados les son de aplicación a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios y a todos los contratos en general, respectivamente. No podemos olvidar que la indefinición supone un aumento de inseguridad jurídica, siendo éste un elemento fundamental en el tráfico jurídico mercantil y que esta incertidumbre puede llegar a suponer una contrariedad a la buena fe también en la contratación entre profesionales.

Todo esto, como se adelantó, con matices. Si en contratos con consumidores estamos ante una “cláusula gris”, en el sentido de que es necesario que se valore en el caso concreto si es abusiva o no, más todavía ha de hacerse esta valoración caso por caso en el ámbito mercantil, donde los usos, costumbres y prácticas, generales, de un sector o entre las empresas contratantes, pueden hacer que una cláusula que pudiera encajar en estos supuestos no infringiera, sin embargo, los principios antes reseñados<sup>1032</sup>.

Efectivamente, tomando el último supuesto, la incidencia de las prácticas que las empresas contratantes hayan venido observando puede ser determinante para concluir la validez de una cláusula con el contenido que nos ocupa: en la medida en que las formas de perfeccionar un contrato pueden ser mucho más informales entre empresarios con una trayectoria en común, un plazo que aparentemente está indeterminado puede no estarlo tanto si existen relaciones comerciales previas que permitan delimitar el intervalo de tiempo en el que está vigente la oferta. Aunque referida a una fecha lejana, 1964, la Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España que llevó a cabo el Consejo Superior de Cámaras de

---

<sup>1032</sup> La SAP de Madrid de 24 de octubre de 2011 [JUR\2011\438053] no ve problema en la cláusula de entrega de sendos contratos mercantiles de compraventa de dos locales y dos plazas de garaje sobre plano y en virtud de la cual: “*Salvo causas fortuitas o de fuerza no imputables a la vendedora, la finalización de las obras será aproximadamente en 20 meses a contar desde la firma del presente contrato. Las fincas objeto de este contrato serán puestas a disposición del comprador en el plazo de un mes a contar desde la obtención de la licencia de primera ocupación, otorgándose la correspondiente escritura pública de compraventa y ello siempre que el comprador se halle al corriente de sus obligaciones de pago con la vendedora*”. Resalta que el plazo en el que ha de cumplirse una obligación no puede quedar a voluntad de quien ha de cumplirla ya que se vulneraría la prohibición establecida en el artículo 1.256 Cc de que la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes, que es lo que ocurriría si se entendiera, en los supuestos de compraventa de inmuebles sobre plano no sometidos a la legislación protectora de consumidores y usuarios -como es el caso- que la finalización de la construcción, por fijarse un plazo meramente aproximado y establecerse el plazo de entrega al comprador en función de la obtención de la licencia de primera ocupación, queda a la voluntad exclusiva de la parte vendedora, pues en tal caso la entrega de los inmuebles quedaría al arbitrio de la vendedora ya que podría finalizar la construcción y solicitar la licencia de primera ocupación cuando ella quisiera. Sin embargo, entiende el Tribunal que no es la situación que representa el supuesto de hecho aunque se determine un plazo “orientativo” o “aproximado” para terminar la construcción.

Comercio, Industria y Navegación de España<sup>1033</sup>, nos proporciona algunos ejemplos de la forma de proceder en la formación del contrato cuando se trataba de clientes habituales. A modo de ejemplo, en el caso de pedidos que deben aceptarse o confirmarse por el vendedor, era usual prescindir de dicha aceptación, entendiéndose por tal la remisión de la factura de envío (Madrid) o también que esta aceptación se manifestara mediante el simple envío de la mercancía (Oviedo).

### **b) Plazo para satisfacer la prestación debida**

Cambiando de fase de la relación contractual, el fundamento de la abusividad de una cláusula en virtud de la cual el plazo para satisfacer la prestación debida sea excesivamente largo es que esa dilación puede suponer la frustración del interés del adherente en el contrato. Del mismo modo, un plazo que no está claramente delimitado implica para la parte débil en la relación jurídica incertidumbre acerca del momento en el que va a ver satisfecho su interés con la prestación del predisponente y le permite a éste, por su parte, alterar las reglas sobre imputación de responsabilidad por retraso en el cumplimiento, manejando el riesgo de incurrir en mora<sup>1034</sup>. Ambos tipos de cláusulas están consideradas como abusivas en Derecho de consumo por el artículo 85.1 TRLGDCU.

Respecto al primer supuesto, la fijación de un **plazo anormalmente amplio** para el cumplimiento de la prestación por parte del predisponente, también puede suponer una contravención a la buena fe en la contratación por adhesión entre empresarios. En otro orden de cosas, además, de nuevo la celeridad vuelve a ser un parámetro de gran importancia en el tráfico jurídico mercantil, celeridad que parece enfrentarse a una dilatación del cumplimiento más allá de lo que se podría considerar oportuno.

Al respecto, y aunque la controversia no verse sobre la cláusula que fija el plazo para el pago de la prestación sino sobre la conducta del deudor en el desarrollo del negocio jurídico, nos parece interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008 [RJ\2008\5495], que conoce de un contrato de suministro de materiales para la construcción, incumplido por la empresa constructora dado el retraso sistemático y reiterado del pago de las facturas. El órgano jurisdiccional entiende como relevante el incumplimiento ya que, si bien

<sup>1033</sup> CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de Usos, Costumbres y Prácticas mercantiles seguidas en España*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1964.

<sup>1034</sup> CÁMARA AGUILA, M. P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª...”, op. cit., pp. 840 – 842; DURANY PICH, S., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., pp. 986 – 989; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 794 – 798.

es normal en el tráfico mercantil que la suministradora tenga que soportar unos costes financieros derivados del aplazamiento del pago (en el contrato se preveía que “*el pago de las facturas se hará mediante letra aceptada a 150 días fecha recepción de las mismas, con vencimiento los días 10 ó 25 siguientes más próximos al cumplimiento de su plazo*”), en el supuesto de hecho representaba un coste notable por el alto importe de las facturas. La compensación de este perjuicio desmedido para el suministrador se conseguiría aplicando a la cantidad debida el interés del descuento bancario durante el período adicional. De otra forma, según el órgano jurisdiccional, se vulneraría tanto la interdicción de la arbitrariedad como la buena fe: equivaldría a dejar al arbitrio de la recurrente “*el cumplimiento del contrato en cuanto a la forma de pago, en contra del artículo 1.256 del Código civil o a no obligarle a todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato eran conformes a la buena fe y al uso entre empresas como las litigantes, en contra del artículo 1.258 del mismo Cuerpo legal*”.

Si se hace un recorrido por la normativa que sí le sería de aplicación a estos contratos, se puede concluir que existe una tendencia a considerar que el plazo de cumplimiento debe ser el “razonable”, adecuado al tipo de prestación, entre otros factores a tener en cuenta. Ello, sin embargo, en ausencia de pacto, por lo que en una buena parte de los casos no existiría limitación imperativa al respecto, ya sea contratos negociados ya de adhesión. El legislador, consciente de los abusos que se pueden producir, ha querido limitar en el ámbito de las operaciones comerciales entre empresas y en lo que a nosotros concierne en este apartado, el plazo de exigibilidad del pago, mediante la LMOC<sup>1035</sup>.

Comenzando por la regulación del plazo de cumplimiento de las obligaciones en el Código Civil, el artículo 1.113 de este texto insta la regla de la exigibilidad inmediata (“*será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto...*”) aunque, como matiza DÍEZ-PICAZO<sup>1036</sup>, los imperativos de la buena fe permiten entender que el deudor debe disponer de un tiempo razonable para la ejecución de la prestación cuando, aun siendo ésta inmediata, de su naturaleza o circunstancias se desprenda que es necesario un plazo, aunque sea mínimo<sup>1037</sup>. En contraposición con esta exigibilidad “inmediata”, y dado que en los contratos mercantiles se opera, en muchas

---

<sup>1035</sup> Vide Segunda parte. Capítulo III. I. 10.

<sup>1036</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 375.

<sup>1037</sup> Ante la falta de plazo señalado de la obligación, según el artículo 1.128 Cc, los tribunales fijarán la duración de aquél. Sobre este precepto volveremos al tratar los plazos insuficientemente determinados para el cumplimiento de la prestación.

ocasiones, a crédito<sup>1038</sup>, el artículo 62 Ccom señala unos plazos más amplios para la exigibilidad de las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o el legislador, como son “*diez días después de contraídas, si sólo se produjeran acción ordinaria, y al día inmediato, si llevaren aparejada ejecución*”<sup>1039</sup>.

El artículo 1119 de la Propuesta para la Modernización positiviza esa idea de la buena fe que apuntábamos para determinar el plazo de cumplimiento de la obligación. Tanto en el caso de que la obligación no señale plazo –pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse- como en el caso de la existencia de un término cuya fijación depende de la voluntad de una de las partes, se podrá requerir la fijación del mismo “*de acuerdo con el título y las exigencias de la buena fe*”.

Al hilo de contratos en particular, también encontramos plazos determinados en la regulación de la compraventa mercantil –respecto de la cual el artículo 337 Ccom señala las veinticuatro horas siguientes al contrato para la puesta a disposición por el vendedor de las mercancía vendidas, si no se hubiera estipulado plazo de entrega- o en el contrato de préstamo mercantil –el artículo 313 del mismo texto prohíbe exigir al deudor el pago antes de los treinta días contados desde el requerimiento notarial, en el caso de préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento-. Por el contrario, no hallamos referencia alguna a plazos de cumplimiento en la regulación del contrato de depósito, comisión o cuenta en participación.

La Ley 50/1980, de Contrato de seguro, sí que impone un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación, esto es, satisfacer la indemnización, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, para el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber (artículo 18)<sup>1040</sup> y tres meses desde la producción del siniestro para su prestación en general (artículo 20.3º). El artículo 16 de la Ley 12/1992,

<sup>1038</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato mercantil...”, op. cit., p. 49.

<sup>1039</sup> PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles: su régimen en Derecho español”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, p. 221, apunta que la utilidad de este artículo estriba en que no hay que entrar a considerar cuáles son los plazos derivados de la naturaleza y circunstancias a las que hace alusión el apartado primero del artículo 1.128 del Código civil, resultando una mayor certeza en el cumplimiento de las obligaciones. Señalan la diferencia con el artículo de la norma civil URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato mercantil...”, op. cit., pp. 48 - 49; VILA FLORENSA, P., “Comentario al artículo 62”, en SALA REIXACHS, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, p. 519.

<sup>1040</sup> Se entiende el plazo como necesario para llevar a cabo la verificación del siniestro mediante las investigaciones y peritajes necesarios, pudiendo evitar que se devenguen intereses por mora si la dilación se basa en una causa justificada (ARROYO, I; BOET, E.; MIQUEL, J. (et al.), *Ley de contrato de seguro...*, op. cit., p. 49).

sobre Contrato de agencia, por su parte, dispone que la comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiere devengado, aunque faculta a las partes para pactar un plazo menor. Se trata por tanto de una norma imperativa que tan solo permite la desviación para acordar un plazo inferior, de tal manera que el legislador se asegura de que el agente no resulta afectado por un excesivo retraso<sup>1041</sup>.

En cuanto a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996), regula de forma bastante detallada los plazos de pago a los proveedores por las adquisiciones de productos efectuadas por los comerciantes. El artículo 17 de este texto legal es el encargado de fijar estos plazos, disponiendo uno máximo general de treinta días a partir de la fecha de entrega, a falta de pacto expreso. En el caso de productos de alimentación frescos y los perecederos, instaura un límite para los aplazamientos de pago, que no pueden exceder en ningún caso de treinta días. Y de sesenta, en el caso de los demás productos de alimentación y gran consumo (salvo pacto expreso en el que se prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que el proveedor sea beneficiario, sin que pueda en ningún caso, exceder el plazo de noventa días)<sup>1042</sup>.

Otro contrato cuya normativa regula los plazos de cumplimiento de la prestación es el de transporte terrestre de mercancías. Así, el artículo 33.1 de la Ley 15/2009 dispone que, en defecto de plazo pactado, la mercancía deberá ser entregada al destinatario dentro del término que “*razonablemente emplearía un porteador diligente*”, según las circunstancias del caso y fijando máximos para el supuesto de transporte ferroviario, aunque también de un modo dispositivo puesto que son de aplicación en defecto de pacto<sup>1043</sup>. Respecto de la otra prestación, el pago del precio, el legislador remite a la Ley 3/2004, de medidas de

---

<sup>1041</sup> Como señala MONTEAGUDO, M., “Comentario al artículo 16”, en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M.; PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, p. 315, la norma española pretende mantener el interés del empresario y del agente: del primero, retrasando el pago respecto de la operación, con la consiguiente posibilidad de financiar el importe con los beneficios resultantes; del segundo, con el ya apuntado límite máximo en el plazo de cobro.

<sup>1042</sup> En todo caso, tenemos que remitirnos a la controversia acerca de su relación con la LMOC, pp. 524 y ss.

<sup>1043</sup> Artículo 33: “2. En el transporte ferroviario, en ausencia de acuerdo y sin perjuicio de lo establecido en los apartados 3 y 4, los plazos de transporte no podrán superar los siguientes límites: a) Para vagones completos. Plazo de expedición: doce horas. Plazo de transporte, por cada fracción indivisible de 400 kilómetros: veinticuatro horas. b) Para envíos en régimen de paquetería. Plazo de expedición: veinticuatro horas. Plazo de transporte, por cada fracción indivisible de 200 kilómetros: veinticuatro horas. 3. En el transporte ferroviario, el porteador podrá ampliar el plazo de duración del transporte en lo estrictamente necesario cuando: a) los envíos se transporten por líneas con diferente ancho de vía, por mar o por carretera cuando no exista conexión ferroviaria. b) Circunstancias extraordinarias entrañen un aumento anormal del tráfico o dificultades anormales de explotación. 4. El plazo de entrega empieza a correr con la recepción de las mercancías para su transporte. Se prorrogará por el tiempo que las mercancías estén paradas por causa no imputable al porteador y su cómputo se suspenderá los días festivos y los inhábiles para circular”.

lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su plazo de treinta días para el pago del transporte, pudiendo pactarse en contrario, siempre que no implique un contenido abusivo en perjuicio del porteador, en cuyo caso será nulo (artículo 41, con remisión al artículo 9 de la LMOC).

Efectivamente, no podemos plantear esta cuestión sin hacer una referencia a la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que, precisamente, aborda el problema de los plazos de pago excesivamente amplios que dan lugar a consecuencias negativas en la pequeña y mediana empresa. Por este motivo el artículo 4, ante la falta de pacto, fija un plazo de pago de treinta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso aunque se hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad. Este plazo de treinta días admite pacto en contrario con el límite máximo de sesenta días y con sujeción a un control de abusividad: si comporta una situación abusiva en perjuicio del acreedor -considerando todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio-, será declarado nulo (artículo 9). Nos remitimos, en todo caso, a lo expuesto en el apartado correspondiente a la Ley de medidas de lucha contra la morosidad.

Fuera de la legislación nacional, también hacen referencia a la duración del plazo para el cumplimiento la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, ambos en la misma línea. Así, el criterio al que hace alusión el artículo 33 del primer texto legal es a la entrega de las mercancías por parte del vendedor “*dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato*”, a falta de pacto<sup>1044</sup>, de igual modo que el 6.1.1.c) de los Principios UNIDROIT, con una cláusula de cierre similar<sup>1045</sup>. Por su parte, el artículo 7:102 de los PECL dispone que, si el contrato no señala una fecha determinada o determinable

---

<sup>1044</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Comentario al artículo 33”, en DIEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 274, contrapone la aparente sencillez y claridad de la fórmula con el “*sinfín de problemas interpretativos*” que ha generado. “*Corresponderá básicamente al vendedor*” —escribe el autor— “*determinar el momento de la entrega gozando para ello de una gran libertad siempre que no se retrase de forma irrazonable*”.

<sup>1045</sup> MADRID PARRA, A., “Cumplimiento”, en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, p. 287, expone las dificultades de la determinación del concepto jurídico de ascendencia anglosajona de lo razonable, teniendo que recurrir a criterios de interpretación que permitan concretar cuál es el momento razonable en cada caso. Si bien es verdad que puede existir una divergencia entre lo que cada una de las partes considera razonable, es un criterio —al que se recurre, como estamos viendo, en todos textos supranacionales— que permite la flexibilidad necesaria para tener en cuenta el abanico de circunstancias que pueden diferenciar un contrato de otro en este sentido.

para el cumplimiento, las partes deben cumplir sus obligaciones “*en un plazo razonable desde el momento de conclusión del contrato*”. En el mismo sentido se remite al criterio de la razonabilidad en la regla 2:102(1) (Libro III) del DCFR<sup>1046</sup>.

A primera vista lo que se observa es que el parámetro utilizado cuando no se fija un plazo concreto es el de la *razonabilidad* y que, en los textos legales en los que el legislador ha determinado un plazo (ya sea con carácter imperativo, ya -la mayor parte de las veces- con carácter dispositivo), éste varía en gran medida de un tipo de contrato a otro. Las circunstancias que permiten entender este hecho vienen dadas por las diferencias existentes entre sectores, según el tipo de producto objeto del contrato y la complejidad el mismo<sup>1047</sup>.

En la Recopilación de usos, costumbres y prácticas del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, aunque fechada en 1964, se hace referencia a esta variación extraordinaria de los plazos de entrega de la cosa de un sector mercantil a otro y según se trate de compraventas celebradas entre fabricante y comerciante o comerciante mayorista a minorista, siendo normalmente superior al de veinticuatro horas señalado en el Código de Comercio. Se incluye información sobre una serie de plazos que resultaban usuales según el sector (frutería, han de servirse los pedidos inmediatamente; paquetería y tejidos, dentro de la temporada; vino, ocho días en época normal, considerándose anormales las proximidades de las fechas de gran pedido; maderas, pequeños pedidos de uno a tres días, grandes, de uno a tres meses, etc). En el sector de la fundición de hierro en Barcelona, el plazo de entrega fuera de piezas de serie, dependía de la dificultad del trabajo (Barcelona)<sup>1048</sup>.

Como se puede observar, el carácter del producto tiene una importancia directa en los plazos usuales, pudiéndose establecer una cierta correlación – y siendo conscientes del tiempo transcurrido desde la toma de estos datos- con la diferenciación que hace, por ejemplo, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista cuando establece un plazo claramente distinto para los alimentos frescos y perecederos, de otros con características que no hacen necesario una entrega tan inmediata.

---

<sup>1046</sup> “*If the time at which, or a period of time within which, an obligation is to be performed cannot otherwise be determined from the terms regulating the obligation it must be performed within a reasonable time after it arises*”.

<sup>1047</sup> DURANY PICH, S., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., p. 988, apunta dos criterios para medir la razonabilidad de la duración de un plazo, como son el tipo de prestación objeto de la obligación y las fundadas expectativas de los consumidores, siempre que sean o puedan haber sido reconocibles para el predisponente.

<sup>1048</sup> CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de Usos...*, op. cit., pp. 136 – 144.



Así las cosas, y aunque en los contratos en el ámbito mercantil sea lo normal jugar con los plazos para operar a crédito, el legislador ha querido poner coto a los usos del comercio que habían venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados y cuyo objetivo era buscar solvencia adicional para el deudor a expensas del acreedor, mermando la rentabilidad de las empresas. Es decir, es patente la preocupación por controlar los abusos que se pueden producir amparándose en la falta de normativa imperativa al efecto. Tanto que, como se ha señalado en reiteradas ocasiones, ha sido a esta materia –junto con aspectos relacionados con el tipo de interés de demora y similares- la primera a la que le ha sido de aplicación un control de contenido en contratos entre empresarios (mediante la LMOC). Para el resto de los abusos que no entren dentro del ámbito de esta norma y según la configuración del plazo, se podrá estar al art. 1256 Cc o, en todo caso, a la contrariedad con la buena fe.

Retomando el otro supuesto contenido en el artículo 85.1 del Texto Refundido, la justificación para poner en entredicho una cláusula en la que el **plazo** para que el predisponente cumpla su obligación **no está suficientemente determinado** viene dada por la voluntad de evitar que el adherente quede vinculado al contrato, mientras que el predisponente tiene un gran margen para decidir cuándo se entiende que ha de satisfacer la prestación, evitando incurrir mientras tanto en responsabilidad por retraso en el cumplimiento<sup>1049</sup>.

De igual modo que se apuntó en el supuesto de la aceptación o rechazo de la oferta, la oposición a un plazo insuficientemente determinado también se podría articular entendiéndolo como causa de una posible ausencia de comprensión y reconduciéndolo, así, hacia un supuesto de falta de incorporación (artículos 5 y 7 LGCG), control al que sí que se ven sujetos los contratos mercantiles mediante condiciones generales. Por otra parte, como ejemplo de cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (artículo 85 TRLGDCU) y dado que la indeterminación está llamada a ser resuelta por el predisponente, de nuevo estaríamos ante un caso en el que el plazo para cumplir con la prestación quedaría al arbitrio del mismo, situación prohibida por el artículo 1.256 Cc<sup>1050</sup>.

<sup>1049</sup> A modo de ejemplo, PÉREZ DE LA CRUZ, A., “El contrato de obra por empresa en general”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, p. 239, alude a la trascendencia que tiene el término para efectuar la entrega en los contratos de obra entre empresarios, por lo que, apunta el autor, es frecuente el establecimiento de cláusulas concernientes a este particular aunque no sea absolutamente imprescindible para su válida celebración.

<sup>1050</sup> Aprovechamos esta apreciación para vincular este supuesto con el recogido en el punto 8º del artículo 85, esto es, cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a

Pues bien, para valorar si una indeterminación del plazo de cumplimiento de la prestación por parte del predisponente puede llegar a suponer una contravención al Derecho en contratos mercantiles, nos parece imprescindible prestar atención de nuevo a los usos en el tráfico. Efectivamente, de la forma habitual de expresar los plazos de entrega y recogida en la contratación entre empresarios se puede concluir que términos que en contratos con consumidores serían calificados de indeterminados, no tienen el mismo carácter cuando ambas partes son empresarios en la medida en que tienen asociada en realidad una “equivalencia” con un plazo relativamente concreto.

Así, por ejemplo, un contrato en el que se especifica que la entrega es “*inmediata*”, se considera que se realizará en ocho días como máximo; remesa “*pronta*” significa entrega en un término de veintiún días como máximo (contratos de cereales en la Lonja en Barcelona). En otros casos, las expresiones “*inmediata*” o “*inmediatamente*” aplicadas como plazo de expedición, significan que ésta tendrá lugar dentro de los ocho días siguientes a la fecha del contrato; “*pronto*”, dentro de los quince días; “*lo más pronto posible*”, “*lo antes posible*”, “*a la mayor brevedad posible*”, “*cuanto antes*”, dentro de los veintiún días, “*por primer vapor*”, se entenderá el primer vapor obtenible o flete corriente (contratación del Consulado de la Lonja de Valencia, cláusula de interpretación de plazos común a todos los contratos oficiales). En el caso de la expresión “pago al contado”, resulta difícil precisar su exacto sentido ya que se interpreta según el uso y costumbre de cada rama del comercio y, aún dentro de cada una de ellas, se interpreta en forma distinta, según las circunstancias de la operación; de tal modo que, según los casos, puede entenderse que significa el pago que ha de hacerse inmediatamente después de la entrega de la mercancía que conste en la factura, hasta el que se efectúa a los treinta días y mes de la factura, es decir, el que se verifica al fin del siguiente mes al mes en el que la factura se formula (Barcelona). Una forma usual de pago en la compraventa de textiles es “*valor septiembre u octubre*”, y a partir de esas fechas se concede un plazo de noventa días (Alcoy). En el caso de los usos y costumbres mercantiles de la región de Valencia, la materia prima básica para fabricar calzado —en este caso, ganchillo o rejilla— puede y debe ser calificada entre los artículos llamados de temporada, debiendo ser entregados estos artículos antes de finalizar el mes de julio. Al tratarse de un artículo cuyo consumo es de temporada de verano, aunque los contratantes no hayan fijado un plazo tope de

---

la voluntad del empresario. Un plazo de carácter indicativo también adolece, en cierto modo, de indeterminación, a lo que se suma que se está dejando recaer la facultad de concretar dicho elemento sobre la voluntad del predisponente.

entrega, se entiende que el vendedor está obligado a servirlos dentro del plazo máximo de dicha temporada<sup>1051</sup>.

Por lo tanto, para poder llegar a la conclusión de que en una cláusula incluida en un contrato de adhesión entre profesionales está insuficientemente determinado el plazo de cumplimiento, no hay que quedarse en la literalidad de los términos utilizados, puesto que los usos y prácticas habituales suelen ser los que completan o determinan el plazo dentro del cual está obligado el predisponente a cumplir su prestación.

Por otra parte, la doctrina ha evidenciado que en muchos casos en los que el plazo esté insuficientemente determinado o el predisponente se reserve el plazo directamente o haciéndolo depender de circunstancias que le son imputables –que es tanto como decir que el plazo no está determinado porque la concreción reside en el ámbito de control de una de las partes-, estaríamos en el supuesto regulado por el artículo 1.128 Cc, en virtud del cual los plazos no pueden quedar a voluntad del deudor. Así, no sólo en contratos con consumidores sino en todo tipo de contratos, en principio, cualquier acreedor podrá solicitar a los tribunales que fijen la duración del plazo de cumplimiento<sup>1052</sup>. Ahora bien, una de las notas características de las obligaciones mercantiles, derivada de la celeridad que impregna las relaciones comerciales, es lo que se ha llamado la “*fatalidad del término de cumplimiento*”<sup>1053</sup>, es decir, la prohibición de los términos de gracia y cortesía que sí se contemplan en el ámbito civil, tal y como reza el artículo 61 Ccom:

*“No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho”.*

El propio precepto señala dos excepciones a la imposibilidad de admitir la prestación una vez instada la resolución - la previsión de las partes o la previsión de una norma-, excepciones a las que la doctrina añade el supuesto del artículo 1.128 Código civil, esto es,

<sup>1051</sup> De nuevo, ejemplos sacados de CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de Usos...*, op. cit., pp. 137, 141, 142, 159.

<sup>1052</sup> PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 796 – 797. Este autor apunta que, según el sistema objetivo de distribución de riesgos del artículo 1.105 Cc, deberían ser abusivas las cláusulas que condicionen el plazo de cumplimiento de la prestación del empresario al acaecimiento de un hecho que no fuera ajeno al ámbito de control del empresario deudor de la prestación o que no fuera imprevisible o evitable. También acerca del artículo 1.128 Cc y los plazos insuficientemente determinados, CÁMARA AGUILA, M. P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª...”, op. cit., p. 842.

<sup>1053</sup> PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles...”, op. cit., pp. 220 – 221.

que sea el juez el que fije la duración del plazo de las obligaciones cuando éstas no lo señalen. Frente a esto, nos parece más acertada la opinión de aquellos autores<sup>1054</sup> que señalan que la facultad concedida en el referido artículo del Código Civil es incompatible con el artículo 61 Ccom, que recalca que no se conceden más plazos que los previstos por las partes o los concedidos por la ley y que, por tanto, no quiere dejar al arbitrio del juez la determinación del día del vencimiento.

### **1.1.vii. Cláusulas relacionadas con la prórroga automática del contrato**

Ambas partes en un contrato pueden salir beneficiadas de la prórroga del mismo por más tiempo del fijado inicialmente. Por tanto, no tiene por qué resultar un problema el hecho de que en un negocio jurídico se prevea la prórroga tácita del mismo salvo manifestación de voluntad en contrario. Así las cosas y tal y como acertadamente señalan algunos autores, una cláusula que fija el plazo para que las partes puedan manifestar esa voluntad de desvincularse del contrato una vez llegado el término del mismo y evitar, así, que continúe vigente como consecuencia de una prórroga tácita, no tiene por qué ser abusiva<sup>1055</sup>. No obstante, el régimen de esta prórroga debe ser sometido a control para evitar que una parte –en este caso, el adherente- quede vinculado al contrato sin que sea ésta su voluntad y sin que haya tenido posibilidades reales de manifestarla. Esta es la idea de fondo del apartado 2 del artículo 85 TRLGDCU, de aplicación a relaciones con consumidores y que proscribe las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

Un supuesto respecto del que existe una copiosa jurisprudencia –sobre todo de las Audiencias Provinciales- es el de los contratos de mantenimiento de ascensores. Aunque en la mayoría de los casos se trata de contratos que se incluyen dentro del ámbito de aplicación del TRLGDCU –pues se trata de ascensores en comunidades de propietarios- nos servirán para ilustrar las consideraciones que se plantean para declarar como abusiva o no el tipo de cláusulas que se incluyen en estos negocios jurídicos, que suelen fijar un plazo de duración mínima del contrato (ej.: diez años, cinco años), entendiéndose el mismo automáticamente prorrogado por iguales periodos sucesivos si alguna de las partes no lo denuncia con la antelación señalada en el contrato (ej.: 90 días, 120 días) respecto de su fecha de

---

<sup>1054</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato mercantil...”, op. cit., p. 48; PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles...”, op. cit., p. 221; VILA FLORENSA, P., “Comentario a los artículos 61 y 62...”, op. cit., pp. 517 y 518.

<sup>1055</sup> PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 798 – 799.

vencimiento y prórroga. La jurisprudencia está dividida en cuanto a la consideración de abusiva o no de este tipo de cláusulas, pudiendo encontrar resoluciones en ambos sentidos. Al problema del plazo de preaviso se suma, incluso con mayor importancia, una posible vulneración del artículo 87.6 TRLGDCU, que penaliza con la nulidad “*las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva*”. Hay que advertir, en todo caso, que habrá que estar al supuesto concreto porque normalmente se mezcla en la argumentación una valoración de la proporcionalidad o no de la cláusula penal que se suele incluir en este tipo de contratos (de tal modo que en ocasiones no se declara nula la cláusula de duración y prórroga sino que se opta por moderar dicha indemnización).

A modo de ejemplo, la sentencia de la AP de Ourense de 21 de diciembre de 2009 [JUR\2010\75706], no ve problema en admitir una cláusula de prórroga automática por diez años con un plazo para ejercitar la facultad de denuncia de 180 días en la medida en que el régimen se prevé en igualdad para ambas partes contratantes (razonamiento basado en una supuesta igualdad, más que cuestionable a nuestro parecer). Del mismo modo, aunque respecto de un período de 5 años con un preaviso de 90 días, tampoco considera abusiva la AP de A Coruña (sentencia de 31 de julio de 2012 [JUR\2012\315175] la citada cláusula. El hecho de que la comunidad de propietarios conociera *a priori* esa previsión y que dispusiera de “*tiempo más que suficiente*” para la denuncia del contrato, son los argumentos que esgrime. También la sentencia de la AP de Albacete de 31 de julio de 2012 [JUR\2012\291762] admite una cláusula de duración del contrato de 10 años con prórrogas por idéntico período de tiempo, aunque en este caso matiza el órgano jurisdiccional, además de la suficiencia de los 90 días para evitar la tácita reconducción, que no estuviera claro que se tratara de un contrato de adhesión, por cuanto la duración del mismo no estaba impresa sino manuscrita y no había razones para creer que había sido impuesto a la comunidad de propietarios desde una posición de privilegio<sup>1056</sup>.

Ejemplos de la postura contraria, declarando la abusividad de este tipo de cláusulas, podemos citar la sentencia de la AP de Valencia de 25 de enero de 2012 [JUR\2012\172556], que reputa nula por abusiva una cláusula incluida en un contrato de mantenimiento de ascensores que contempla la prórroga automática por un período de cinco

---

<sup>1056</sup> Asimismo, aceptando cláusulas de duración de cinco años, cfr. SSAP de Alicante de 30 de noviembre de 2010 [JUR\2011\78996], de Lugo de 21 de diciembre de 2011 [AC\2012\62] y de Cuenca de 29 de enero de 2014 [AC\2014\124]. Dando por válida una cláusula de duración de cinco años con prórroga forzosa de diez años, la reciente SAP de Albacete de 3 de enero de 2014 [JUR\2014\4459] que señala que, si bien es gravosa, no es abusiva ni nula (como contrapartida, se reduce la indemnización a pagar).

años salvo denuncia en los tres meses anteriores a su vencimiento, o la sentencia del mismo tribunal de 29 de octubre de 2010 [JUR\2011\65172], que no entiende justificada una duración mínima de diez años a pesar de las exigencias de plantilla e inversiones que se le exige legalmente a la empresa instaladora. En el mismo sentido, también respecto de una prórroga por un plazo decenal, considera nula la cláusula la sentencia de la AP de Badajoz de 10 de septiembre de 2012 [JUR\2012\319040] alegando que *“lo que pretende la actora con esa cláusula de larga duración es eludir competidores que pudiesen proporcionar a la Comunidad demandada mejores condiciones en cuanto a calidad del servicio y precio. En definitiva, el abuso de la cláusula se produce por el largo plazo de tiempo estipulado, máxime cuando la delimitación de un dilatado periodo decenal de duración contractual no puede sustentarse en el argumento de la inversión en estructuras que debe llevar a cabo la actora, pues ello implicaría que se traslada y hace recaer sobre el consumidor el riesgo empresarial de la apelada en cuanto a su competitividad y posición en el mercado, que ve garantizada con tan dilatado período convencional, el cual, además, únicamente beneficia a la misma, sin que se señalen, ni tan siquiera se sugieran, cuáles son las concretas ventajas que con ello adquiere el consumidor, bien en calidad o garantía del servicio o en una política más ajustada de precios, en relación con las tarifas de otros contratos de menos extensión temporal”*<sup>1057</sup>.

En contratos de mantenimiento de ascensores que no entran en el ámbito subjetivo de la legislación de consumidores en tanto en cuanto los ascensores no están en comunidades de propietarios sino que pertenecen a entidades empresariales, podemos citar la STS de 10 de marzo de 2014 [RJ\2014\1467] y las SSAP de Segovia de 30 de junio de 2011 [AC\2011\1612] y de 17 de noviembre de 2011 [JUR\2011\320076]. En el primer caso se trata de un ascensor situado en una residencia de ancianos lo que claramente, a juicio del Tribunal Supremo, impide la aplicación del TRLGDCU. No se pronuncia directamente sobre la validez de la cláusula de duración del contrato (diez años prorrogables por iguales periodos sucesivos con un plazo de 180 días de antelación para la denuncia) pues el recurso del que conoce se centra en la pena convencional. Sin embargo, y a diferencia de las sentencias de las instancias inferiores, que habían considerado excesivo el plazo por lo

---

<sup>1057</sup> Considerando también como abusiva una cláusula de cinco años, SAP de Barcelona de 21 de octubre de 2013 [JUR\2013\148143]. Resolviendo a favor de la nulidad de una cláusula de diez años de duración, SSAP de Alicante de 10 de octubre de 2012 [JUR\2012\396686] y de Badajoz de 27 de mayo de 2014 [JUR\2014\180620]. También la SAP de Pontevedra de 18 de febrero de 2013 [JUR\2013\126938] declara abusiva la cláusula de duración de diez años sumando el argumento de que contraviene a una normativa autonómica en la materia (Decreto 44/2008, de 28 de febrero, de la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia, por el que se regulan los requisitos de las empresas conservadoras de ascensores) que dispone que *“a los efectos de garantizar el derecho de la persona titular del aparato elevador a escoger con entera libertad la empresa mantenedora que estime oportuna, los contratos de mantenimiento que se suscriban entre ambos deberán tener un plazo de duración inicial que no exceda de un año, y su contenido material se ajustará en todo caso a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de defensa de consumidores y usuarios”*.

prologado en el tiempo, parece que implícitamente el Tribunal la da por válida basándose en que ha sido lo querido por los contratantes<sup>1058</sup>. Diferente es el caso de los contratos que tienen por objeto las dos resoluciones de la AP de Segovia –mantenimiento de ascensores en sendos establecimientos hoteleros-. Tampoco considera el órgano jurisdiccional que haya problemas con las cláusulas pero su contenido es distinto: se trata de contratos de un año de duración prorrogable por anualidades sucesivamente y con un preaviso de 180 días, lo que desde luego nada tiene que ver con los plazos duraderos que se suelen ver en este tipo de contratos. Sí que influye la duración para la valoración de otras condiciones como aquella por la que se incluye una indemnización de un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato en el caso de desistimiento del mismo. “*Resulta desproporcionada*”, dice la Audiencia en la sentencia de 17 de noviembre de 2011, “*porque habida cuenta el dilatado plazo de antelación con el que debe ser denunciado el contrato, la cantidad resultante superaría con creces incluso la que se tendría que abonar por la demandada durante todo el tiempo de vigencia del contrato*” (no se cumplió el preaviso de 180 días y el contrato se tendría que prorrogar un año más).

A nuestro juicio, y ya fuera de los contratos de mantenimiento de ascensores, no es ajeno el problema que puede suponer una cláusula restrictiva en este sentido a la contratación entre empresarios, toda vez que es frecuente que las relaciones que se establezcan entre estos sujetos sean, precisamente, de carácter prolongado o duraderas en el tiempo con lo que estaría justificada la configuración de una prórroga tácita de la vinculación que une a las partes dados los beneficios de no tener que concertar un nuevo contrato cada vez que venza el plazo del anterior. Esta situación, sin embargo, puede ser aprovechada por el predisponente para, por una parte, establecer períodos de prórroga demasiado extensos o bien, por otra, para abusar a través de un plazo de preaviso diferente al que el adherente pudiera esperar y que le impida, por tanto, manifestar su voluntad de dar por terminada la relación. Es decir, se estarían mermando sus posibilidades efectivas para decidir la no prórroga del contrato si el plazo límite que se fija es mayor de lo que razonablemente cabría esperar, atentando contra la buena fe por la vinculación sorpresiva que genera para el adherente empresario.

---

<sup>1058</sup> “*Esta calificación [de no consumidor] condiciona la valoración e interpretación de la relación negocial resultante dado que la posible ponderación de los presupuestos que informan el equilibrio prestacional que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes como principio recto en el orden interpretativo del contrato (art. 1281 Cc); sin posibilidad de extrapolar dicha interpretación al ámbito del control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales como modo propio y diferenciado de contratar y, en particular, del posible carácter abusivo de la correlación entre el plazo de duración y de prórroga automática del contrato en conexión con la facultad de resolución pactada*”.

Con las apreciaciones anteriormente señaladas, parece que para determinar la abusividad de este tipo de cláusulas de preaviso lo fundamental estriba en analizar cuándo un plazo es razonable y no resulta anormalmente lejano respecto del término del contrato. No encontramos muchas pistas en la legislación vigente. La situación más equiparable es la contenida en el artículo 22 de la Ley de contrato de seguro, en virtud del cual, si bien se puede establecer que el contrato se prorrogue por períodos no superiores a un año cada vez, se faculta a las partes para oponerse a esa prórroga mediante una notificación escrita, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso<sup>1059</sup>.

Por su parte, la Ley de contrato de agencia también regula el plazo de preaviso exigido en los casos de denuncia unilateral de cualquiera de las partes de un contrato de duración indefinida. Así, el artículo 25 es el encargado de determinar el plazo de preaviso necesario, en función de la vigencia del contrato: el preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato con un mínimo de un mes y un máximo de seis. Aunque las partes pueden pactar mayores plazos de preaviso, siempre ha de cumplirse la regla según la cual el plazo del agente no puede ser inferior al establecido para el empresario<sup>1060</sup>.

Si bien no nos parece pertinente aplicar por analogía esta regulación por tratarse de un supuesto distinto –en el caso que nos ocupa estamos ante un plazo para manifestar la voluntad de no prorrogar un contrato de duración determinada, mientras que en el contrato de agencia se trata de un plazo para emitir una declaración de voluntad encaminada a dar por finalizado un contrato de duración indeterminada- sí que nos parece interesante tomar de la regulación del preaviso en el contrato de agencia la idea de que este plazo debe estar relacionado con la duración del contrato. De este modo, es razonable que para evitar la prórroga automática de un contrato que ha vinculado a las partes durante un largo período de tiempo, tenga que haber una comunicación antes de una fecha más lejana respecto de la conclusión del contrato que en el caso de una relación de escasa duración. Así, si la vinculación entre las partes ha sido breve, sí que sería contrario a la buena fe incluir una fecha límite desproporcionada -en cuanto a larga- respecto del tiempo de contrato. Por otra

---

<sup>1059</sup> La justificación para que el legislador establezca la prórroga tácita en la regulación del contrato de seguro viene dada, en palabras de TIRADO SUÁREZ, F.J., “El contrato de seguro”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, p. 706, por “*el carácter de contrato de tracto sucesivo insito en el contrato de seguro*”.

<sup>1060</sup> Aunque se refiera al preaviso para la extinción del contrato, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 25”, en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M.; PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 414 y ss.



parte, acaso pueda defenderse como más adecuado –siguiendo el esquema de la Ley de contrato de seguro- el plazo de un mes para emitir la voluntad contraria a la prórroga automática respecto de un contrato de un año, que los dos meses que se señalan en el artículo 22 del referido texto. Ahora bien, dentro de lo que se considera como un plazo “razonable” y estando ante una relación mercantil, no será la duración del contrato la única variable que influya de manera estricta, sino también otras circunstancias que pueden hacer que lo proporcionado del plazo varíe de un negocio jurídico a otro. El sector del mercado en el que se que inserte la relación contractual, las circunstancias organizativas de las partes, la necesidad de previsión de infraestructura de personal y de equipos para el desarrollo de la actividad, la capacidad de los empresarios para encontrar una alternativa o la inversión o especialización realizada con motivo de la relación, podrían ser algunos de los factores a tener en cuenta para la modulación del plazo de preaviso<sup>1061</sup>.

#### **1.1.viii. Cláusulas restrictivas respecto de los acuerdos o compromisos adquiridos por representantes o mandatarios**

La participación del comerciante en el tráfico jurídico a través de apoderados o mandatarios que actúen en su nombre y por su cuenta está expresamente contemplada en la legislación. Las propias necesidades del tráfico mercantil en masa hacen que sea habitual que el empresario se haga valer de otras personas<sup>1062</sup>. Los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio trazan el régimen de los llamados factores, dependientes y mancebos, como formas del mandato mercantil siendo el artículo 286 de esta norma el encargado de subrayar que *“los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo (...) siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento (...)”*<sup>1063</sup>.

<sup>1061</sup> Aunque no es el objeto de la controversia, a modo de ejemplo, la AP de Barcelona, en su sentencia de 20 de octubre de 2010 [JUR\2011\82581], conoce de un contrato de depósito de mercancía en el que se incluye una cláusula por la que se establece un período de vigencia de tres años, renovable automáticamente por igual período a su finalización o a cualquiera de sus prórrogas y estableciendo un preaviso de seis meses en el caso de que cualquiera de las partes desee interrumpirlo.

<sup>1062</sup> PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M., “Comentario al artículo 281”, en SALA REIXACHS, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, p. 1144.

<sup>1063</sup> En el Anteproyecto de Código mercantil se mantiene esta idea en los artículos 121-1 y siguientes, reguladores de la representación del empresario, tal y como se desprende de la propia Exposición de Motivos (apartado II-8): *“Los auxiliares del empresario se caracterizan por ser representantes integrados en la empresa y en situación de dependencia. Con la finalidad de proteger la seguridad del tráfico, el régimen que el Código establece tiende a vincular al empresario por la actuación de sus auxiliares, tanto si están dotados de poder expreso (verbal o escrito) como si el poder es presunto o aparente. Se presume el poder cuando el*

Si ya la actividad empresarial general requiere de la colaboración de auxiliares en general, esta necesidad se ve incrementada en el Derecho de la navegación, dada la complejidad de la actividad que se desarrolla. De esta suerte, se contempla en el Código de Comercio una serie de figuras que conforman el personal colaborador del empresario de la navegación. Por una parte, del naviero, tanto en tierra –el gestor naval, un apoderado que actúa en nombre y representación del naviero o el consignatario del buque, representante general del naviero en los puertos de escala de sus buques- como a bordo –resaltar la figura del capitán que, no obstante, ha visto disminuida su importancia con el paso del tiempo-. Por otra, del empresario de la navegación aérea, distinguiéndose igualmente entre personal de tierra –que, a falta de otra regulación deberá someterse a la general sobre factores y dependientes- y de vuelo –entre los que se incluye el comandante, figura paralela al capitán y que es representante del empresario-<sup>1064</sup>.

Pues bien, las cláusulas que nos ocupan –que tienen por objeto privar de efectos a aquellos acuerdos individuales a los que pudiera haber llegado el adherente con representantes del predisponente- representan un ejemplo de vulneración de la primera regla de interpretación contenida en el artículo 6 LCGC: la regla de la prevalencia de las condiciones particulares específicamente previstas para un contrato respecto de las condiciones generales. En efecto, el resultado que pretende alcanzar el predisponente con la inclusión de una cláusula de este tipo es exonerarse total o parcialmente del cumplimiento de aquellos compromisos que hubiera adquirido el adherente con empleados o auxiliares del primero (condiciones particulares), haciendo prevalecer en todo caso lo dispuesto en el clausulado predispuesto (condiciones generales)<sup>1065</sup>. La justificación para sancionar esta cláusula con la nulidad reside en la necesidad de mantener la seguridad del tráfico y de proteger la apariencia jurídica, apariencia que se vería afectada si al predisponente no le vincularan acuerdos o condiciones que han sido negociadas directamente por sus representantes<sup>1066</sup>. Así lo ha

---

*auxiliar designado por el empresario para desempeñar en la empresa una función que implique relaciones con terceros, contrate con éstos; la apariencia de poder resulta de la actuación pública de una persona que, aun sin poder ni designación del empresario, aparezca en el desempeño de una función en la empresa que implique relaciones con terceros”.*

<sup>1064</sup> Sobre los colaboradores del empresario de la navegación, aunque antes de la Ley de Navegación Marítima, *vide* ARROYO MARTÍNEZ, I., “Personal colaborador del empresario de la navegación”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 1145 – 1182; PADILLA GONZÁLEZ, R., “Auxiliares y agentes del empresario...”, *op. cit.*, pp. 1090 – 1108.

<sup>1065</sup> Obviamente, siempre se está partiendo de un supuesto en el que el representante del empresario predisponente actúa con poderes suficientes de representación.

<sup>1066</sup> VEIGA COPO, A. B., “La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 35, 2010, p. 66, respecto de estas cláusulas en el ámbito de la contratación de seguros, señala que aunque no existe un precepto que con carácter general indique que las declaraciones de los agentes surten los mismos efectos que si los hubiese realizado el asegurador, la seguridad

entendido la doctrina, al identificar la ratio del artículo 286 Cc con el ya citado principio de protección de la apariencia jurídica, en base a la creencia racional del tercero que contrata de que lo está haciendo con un verdadero apoderado y que, por tanto, el resultado será una vinculación con el comerciante<sup>1067</sup>.

En palabras de ALFARO, “*el tema no puede resolverse más que conjugando la aplicación de la propia regla de la prevalencia con la de las cláusulas sorprendentes y con los principios de la representación mercantil*”<sup>1068</sup>. Introduce en este sentido PAGADOR<sup>1069</sup> dentro del principio de prevalencia de las cláusulas particulares, una mención a las llamadas cláusulas “salvo confirmación” o “con reserva de confirmación”, esto es, aquellas mediante las que el predisponente supedita la validez de los posibles acuerdos individuales alcanzados entre el cliente y un representante del primero a su confirmación personal. Tras distinguir entre representación de carácter orgánico o necesario y los casos de apoderado general con facultades ilimitables por parte del predisponente, por un lado, y los supuestos de celebración de contratos mediante un representante con facultades limitables, por otro – estando clara la aplicación de la regla de la prevalencia para los dos primeros-, pone el foco de atención para que una cláusula de esa naturaleza pudiera tener validez en el efecto sorpresa que podría generar en el adherente: no sería de recibo, manifiesta el autor, que un cliente se viera afectado por la ineficacia de acuerdos individuales alcanzados con un representante del predisponente que tenía apariencia de estar actuando como tal sin que haya tenido más aviso que un cláusula insertada en un contrato mediante condiciones generales.

Es obvio que todos estos razonamientos podrían llevar a las mismas consecuencias en la contratación adhesiva entre empresarios que en contratos con consumidores respecto de una cláusula con este contenido pues, si bien no es de aplicación estricta al supuesto de hecho el artículo 85.9 TRLGDCU (abusividad de las cláusulas “*que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes*”), sí lo es el 6.1 LCGC<sup>1070</sup> y su regla de

---

del tráfico debe llevar también a la vinculación del asegurador por los actos de su agente, su representante, cuando son realizados en su nombre ante tomadores de seguro de buena fe.

<sup>1067</sup> PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M., “Comentario...”, op. cit., p. 1168.

Señalando la importancia de la apariencia jurídica en la actuación del factor mercantil: SSTs de 28 de septiembre de 2007 [RJ\2007\6273], de 2 de abril de 2004 [RJ\2004\2073] y SSAP de Córdoba de 25 de enero de 2011 [JUR\2011\380401] y de Las Palmas de 16 de enero de 2006 [AC\2006\700].

<sup>1068</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 304 y ss.

<sup>1069</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 535 y ss.

<sup>1070</sup> FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., pp. 375 – 376.

prevalencia que, como hemos tenido ocasión de analizar, tiene carácter imperativo y un ámbito subjetivo que abarca a todo tipo de adherente, con independencia de su naturaleza profesional o no. El fundamento de esta regla interpretativa se encuentra en el sometimiento a la autonomía de la voluntad, que se concreta en dar prioridad a aquellos pactos que reflejan mejor la voluntad de los contratantes –los particulares- frente a aquellos que son consecuencia de una imposición –las condiciones generales-. Por el contrario, el tipo de cláusulas incluidas en este epígrafe negarían dicha preferencia a los acuerdos particulares a los que puedan haber llegado adherente y representante del predisponente, yendo contra el espíritu de la norma. Así, en estos casos, la cláusula podría ser declarada nula en virtud de los artículos 8.1 LCGC, 6.1 LCGC y 1256 Cc.

La ya mencionada Recopilación de usos y prácticas de 1964 hace alusión a un par de supuestos que demuestran la voluntad existente de dar relevancia y validez a los acuerdos contraídos con representantes del empresario cuando de la apariencia se derivara que estaban actuando como tales (representación aparente), sin ulteriores requisitos. Así, se hace referencia a la generalización en la práctica de poner al frente del establecimiento una persona que sólo cuenta con el encargo verbal que le dio el principal de regir el negocio pero que se encarga de formalizar pedidos, expedir facturas, recibir mercancías, etc., debiendo éste ser considerado como un verdadero factor y, si esa persona se comportaba en el tráfico como tal, sin oposición ostensible por parte del principal, el uso atribuía a su actuación iguales efectos que si hubiese intervenido personalmente el principal (León). Por otra parte, se evidencia la práctica corriente en el mercado de cereales en Barcelona de encomendar operaciones propias de su tráfico a dependientes o familiares del propio titular, sin que estuvieran legitimadas por ningún poder escrito. Cuando tales mandatarios eran suficientemente conocidos por su habitual concurrencia al mercado o por avisos verbales o escritos, los contratos celebrados por ellos en nombre y por cuenta de sus principales debían cumplirse por las partes sin ulteriores requisitos dentro del criterio de la buena fe indispensable para la vida y normal desarrollo de las operaciones mercantiles<sup>1071</sup>.

#### **1.1.ix. Cláusulas que supeditan los compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades**

La contratación mercantil se rige por el principio de libertad de forma, tal y como se deduce del artículo 51 Ccom (*“serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, la*

---

<sup>1071</sup> CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación, Usos...*, op. cit., pp. 85 – 86.

*clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos”*)<sup>1072</sup>. Esto no obsta para que, en determinados supuestos, sea requerida alguna formalidad. El artículo 52 Ccom así dispone como una de las excepciones al principio consensualista, los contratos que, con arreglo al referido texto legal o a Leyes especiales, deban constar en escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia<sup>1073</sup>.

Es manifiesto que todas las excepciones que se recogen tanto en el Código de Comercio como en Leyes reguladoras de determinados tipos contractuales reducen el ámbito de actuación del principio de libertad de forma, si bien en algunos supuestos ni siquiera se trata de forma como una exigencia de validez del contrato<sup>1074</sup>. Sin embargo, fuera de esos casos concretos y retomando el análisis de la cláusula que sujeta la validez de compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades, no se sostiene, a la vista del principio general de libertad de forma, que lo acordado como pacto particular sin una formalidad concreta –se sobreentiende, cuando no son exigidas legalmente- no derogue a las condiciones generales. Hasta donde nos alcanza, sería otro ejemplo de vulneración de la ya citada regla de la prevalencia recogida en el artículo 6.1 LCGC<sup>1075</sup>. No se trata de una confrontación directa con la norma pero sí indirecta: con estos requisitos se está dificultando que las condiciones particulares, que revelan la intención verdadera y común de los contratantes, desplieguen su eficacia asegurando, por el contrario, la de las condiciones generales.

En relación con esto, muy acertada es asimismo, a nuestro juicio, la opinión de aquellos autores que califican este tipo de cláusulas como sorpresivas, extendiendo esta idea también al supuesto de limitación de acuerdos cerrados con representantes del predisponente, anteriormente examinado<sup>1076</sup>. El punto clave reside en ambos casos en que el adherente, a

<sup>1072</sup> Lo mismo podemos decir de la regulación en el Código civil, tal y como se desprende de los arts. 1278 y 1279.

<sup>1073</sup> A estos supuestos en los que el legislador exige algún tipo de forma para que el contrato tenga validez hay que añadir aquellas cláusulas que, si bien están insertas en un contrato al que no se le exige formalidad alguna, sí que son objeto ellas de requisitos formales. A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a la cláusula de “*garantía de las operaciones a cargo del agente*”, que será nula si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir en virtud del artículo 19 de la Ley de Contrato de Agencia.

<sup>1074</sup> En este sentido, URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato mercantil...”, op. cit., p. 42; PEINADO GRACIA, J.I., “El contrato mercantil...”, op. cit., pp. 233 – 234.

<sup>1075</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales...*, op. cit., pp. 526 y ss.; FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2...”, op. cit., pp. 373 – 374; VEIGA COPO, A. B., “La interpretación de las condiciones...”, op. cit., p. 64.

<sup>1076</sup> Al respecto, vide ALFARO, J.; CAMPINS, A., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I. 6ª”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la*

pesar de tener conocimiento de la condición general que limita la eficacia de los acuerdos, puede verse sorprendido por el hecho de que un pacto con un representante del empresario dentro de su ámbito de negocio o un acuerdo verbal o sin una formalidad concreta, no surta finalmente efecto cuando era de esperar que, de acuerdo con la buena fe, tendría preferencia por ser un acuerdo individual.

Como hace notar ALFARO<sup>1077</sup>, “*resulta ciertamente insólito que lo acordado oralmente no tenga ninguna validez. No es algo con lo que ciertamente tenga por qué contar el cliente. Aún más. Incluso aunque el cliente haya leído la cláusula, ello no impide que sea considerada como sorprendente. En efecto, el cliente puede pensar que no le es aplicable, puesto que, a pesar de la misma, el predisponente o el representante ha celebrado un acuerdo individual. En este sentido y dado que las condiciones particulares prevalecen sobre las generales, el pacto oral bien puede considerarse una derogación de la cláusula general que lo prohíbe*”.

Por lo tanto, si bien en un contrato negociado, producto de la autonomía de la voluntad de las partes, cláusulas así, en principio, no tendrían mayor problema, no ocurre lo mismo en los contratos predispuestos. Tales condiciones son inesperadas e imponen una formalidad que es excepcional en cuanto que se aparta de la regla general de Derecho privado y que, en ocasiones, puede implicar dejar en manos del predisponente la eficacia de determinados pactos particulares –por ejemplo, porque sea necesaria una posterior confirmación del predisponente a pesar de estar contratando con un representante válido del mismo y sin que le hubiera sido convenientemente advertido, como en el epígrafe anterior; o porque, sin perjuicio de los problemas de prueba, se priva de efectos a un pacto individual válidamente alcanzado y al que el predisponente no quiere atribuir valor amparándose en unas determinadas formalidades que vienen exigidas por el clausulado predispuesto-. En contratos de adhesión, estas cláusulas podrían considerarse ineficaces por no respetar el espíritu de la regla de la prevalencia y por dejar su eficacia al arbitrio del predisponente. Y, en todo caso, a nuestro juicio, no superarían el control de contenido en torno a la buena fe del art. 1258 Cc por el que se apuesta en la última parte del trabajo: se trata de cláusulas no esperadas dentro de un clausulado mediante condiciones generales y que se apartan del

---

contratación, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1064 – 1065; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 824.

<sup>1077</sup> ALFARO, J.; CAMPINS, A., “Comentario a la Disposición Adicional Primera...”, op. cit., p. 1065. El autor concluye que este razonamiento no sólo es de aplicación a los pactos orales posteriores a la celebración del contrato sino incluso a los previos al documento contractual -siempre que el adherente pueda probar la existencia de tal acuerdo-, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 8 LCS acerca de la posibilidad de que el tomador de seguro pueda reclamar a la entidad aseguradora que subsane la divergencia existente entre el contenido de la póliza y la proposición de seguro o las cláusulas acordadas.

Derecho dispositivo –ausencia de formalidades, vinculación del predisponente respecto de los acuerdos de sus representantes con poder suficiente- causando un perjuicio al adherente débil contrario a la buena fe, buena fe que lleva a concluir la validez de estos pactos individuales.

## **1.2. Las posibilidades de la interdicción de la arbitrariedad como control de contenido: delimitación del supuesto de hecho**

En las líneas precedentes, se ha señalado un cierto olvido del artículo 1.256 Cc por parte de la doctrina. Se han puesto de manifiesto, con apoyo en la regulación de consumo, múltiples supuestos de hecho que encajarían perfectamente en el de la propia norma –imperativa- que nos ocupa. Se ha evidenciado su uso por los tribunales aunque no en muchos casos para concluir la (in)validez de una cláusula. A pesar de ello, nos parece el 1256 un artículo con un potencial mal aprovechado como medio de control de los abusos que se pudieran cometer, en especial, en la contratación mediante condiciones generales y, en lo que a nosotros nos interesa, entre profesionales. Daremos unas cuantas razones evidentes pero, no por ello, menos importantes.

- Estamos, en primer lugar, ante una norma ubicada inmediatamente después del artículo 1.255 Cc, artículo que proclama el principio de la libertad contractual, según el cual las partes pueden determinar el contenido del contrato que les vincula mediante los pactos que tengan por conveniente, *“siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*. Pues bien, al igual que la ley, la moral y el orden público completan la norma funcionando como límites de esa libertad contractual, la ubicación del artículo 1.256 nos da un argumento para afirmar que la interdicción de la arbitrariedad representa otro límite, más específico, al contenido del contrato que las partes pueden pactar<sup>1078</sup>. Siguiendo a LARENZ<sup>1079</sup>, el sentido de una norma jurídica particular sólo se infiere cuando se considera parte de la regulación a la que pertenece. Así, su naturaleza de norma imperativa prohibitiva refuerza la función de límite a la libertad contractual que se manifiesta en la prohibición de que las partes doten un contrato de un determinado contenido, es decir, una función análoga a la de un control material<sup>1080</sup>.

<sup>1078</sup> También hace alusión al emplazamiento del artículo 1.256 del Código civil ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al artículo 1256”, en SIERRA GIL, I. (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, p. 506.

<sup>1079</sup> LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., p. 321.

<sup>1080</sup> Dentro de los modos en los que la ley imperativa puede limitar la libertad contractual (proscribir un determinado tipo contractual, dotar al contrato que las partes libremente establezcan de un contenido

- El término que utiliza el artículo 1.256 es el de “*contratantes*”, expresión que, respecto de otros preceptos similares (artículo 1.115 Cc), permite situarnos de manera específica en la esfera contractual y dotar a la norma de un sentido muy preciso pero, a la vez, lo suficientemente general como para que cualquier contratante, con independencia de su naturaleza, entre dentro del ámbito de aplicación<sup>1081</sup>. Se superan, así, las restricciones – de cara a nuestro estudio- de normativas como la de consumo, que también hace referencia concreta a este principio mediante una detallada enumeración de casos que representan ejemplos de cláusulas abusivas pero que, a nuestro juicio, no son de aplicación directa o automática a la contratación entre empresarios.
- Ha sido puesto de manifiesto por diversos autores que mediante la interdicción de la arbitrariedad no sólo se puede controlar la “*validez*” y el “*cumplimiento*”, tal y como literalmente prescribe el texto legal, sino que, según ALMAGRO<sup>1082</sup>, tendría cabida cualquier abuso grave cometido por una de las partes en la celebración o en la ejecución del contrato al ser una “*disposición elástica*”. Esto la convertiría en una norma útil para controlar, ya sea cualquier desviación en el desarrollo y ejecución del contrato, ya –y esto es lo que más nos interesa- aquellos atropellos o extralimitaciones en la génesis del mismo, aunque no supongan un defecto de validez del negocio jurídico.
- Se le ha atribuido recoger el principio básico del Derecho de obligaciones de la *necessitas*: este principio implica que ni deudor ni acreedor pueden desligarse o alterar unilateralmente la obligación y el contrato es la principal fuente de éste<sup>1083</sup>. Evidencia

---

imperativo fijado, etc.) se encuentra también el poder prohibir, sin impedir un tipo contractual en su conjunto, que las partes pacten unas determinadas cláusulas o condiciones prohibidas, DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, I, op. cit., pp. 155 – 156.

<sup>1081</sup> Según QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al artículo 1256...”, op. cit., p. 312, podría utilizarse el artículo 1.256 para controlar los contratos mediante condiciones generales ya que la generalidad con la que está escrito lo permite y porque hace una referencia concreta al arbitrio de uno de los contratantes, “*concepto que, así, no está recogido en los demás artículos*”.

<sup>1082</sup> ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al artículo 1256...”, op. cit., p. 507. También PASQUAU, L., “Comentario al artículo 1.256...”, op. cit., p. 2270 y ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 191. No estamos de acuerdo con lo afirmado por RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, op. cit., pp. 290, 297 y ss. respecto a que la mención del artículo 1.256 del Código civil al cumplimiento y a la validez y en ningún momento a la extinción, haga suponer que el desistimiento no tiene cabida en los dos supuestos del citado precepto y por tanto no presuponga una infracción del mismo. Se hace complicado pensar que el hecho de que una de las partes tenga la posibilidad de terminar el contrato no sea una forma de que el cumplimiento del mismo esté en su mano.

<sup>1083</sup> Recoge la vinculación entre el artículo 1.256 del Código civil y el principio de la *necessitas*, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2013 [RJ\2014\322], de 26 de junio de 2008



un principio claro, manifestación de otros como el *pacta sunt servanda* o la igualdad esencial de los contratantes. Se ha dicho que la igualdad y fuerza obligatorias de los contratos servirían para fundamentar otros muchos preceptos y no son exclusivas del artículo 1.256<sup>1084</sup>. Pero no nos parece que el hecho de que estas ideas estén también reflejadas en otros preceptos le tenga por qué restar valor al 1.256 como “portador” de las mismas. De hecho, la prohibición general de la arbitrariedad no se puede desconectar de otros principios generales del Derecho de contratos como son la buena fe, la moral, o el orden público, que no hacen sino reforzar su potencial valor como mecanismo para buscar el equilibrio en el contenido de los contratos.

Recordemos, por ejemplo, la vinculación de la limitación de exoneración de responsabilidad por dolo (artículo 1.102 Cc) con el orden público y cómo infringir la primera sería tanto como dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, yendo contra el artículo 1.256 del mismo texto legal. También en referencia al orden público, una de las implicaciones de que, según el profesor DÍEZ-PICAZO, nuestro orden económico se apoye sobre la regla de que todo cambio de bienes y servicios entre las personas debe estar fundado en el postulado de la conmutatividad, es el llamado principio de equilibrio en las prestaciones, es decir, que en este intercambio “*debe guardarse el mayor equilibrio posible entre los bienes y los servicios que son objeto del trueque*”<sup>1085</sup>. Una contravención de la prohibición de la arbitrariedad implicaría ir contra ese equilibrio que está ínsito dentro del concepto de orden público económico. Por su parte, tal y como explica MESSINEO<sup>1086</sup>, “*la observancia de la buena fe objetiva por parte de los contratantes, acreedor y deudor, significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su derecho, y el deudor no puede pretender dar menos, de aquello que el sentido de la probidad exige, tomada en cuenta la finalidad del contrato*”. Si el contrato en general, como se ha dicho, es un intercambio en el que flota la idea del equilibrio, parece que esas pretensiones de las partes, para ser conformes con la buena fe, deberían guardar una cierta proporción, proporción que se pone bajo sospecha si quedan a voluntad de uno de los contratantes, sin justificación válida, ciertos aspectos del negocio jurídico, mucho menos en contratación adhesiva, cuando por la propia estructura del contrato, se parte de un desequilibrio en las posiciones de las partes.

Efectivamente, sin perjuicio de un posterior análisis más profundo de conceptos como “orden público económico”, “buena fe” o “moral”, entre otros, podemos decir que, a la

---

[RJ\2006\4272], de 23 de febrero de 2007 [RJ\2007\658], de 22 de diciembre de 2006 [RJ\2007\263], de 30 de noviembre de 2005 [RJ\2005\7742] y de 27 de enero de 2003 [RJ\2003\1137].

<sup>1084</sup> QUINONERO CERVANTES, E., “Comentario al artículo 1256...”, op. cit., p. 297.

<sup>1085</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 58.

<sup>1086</sup> MESSINEO, citado por DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 65.

vista de lo expuesto, parece claro que el artículo 1.256 Cc puede ser un mecanismo más que viable para alcanzar en algunos supuestos ese querido equilibrio material del contrato, consecuencia de la superación de la noción clásica del mismo que se sustentaba sobre el libre acuerdo de voluntades. Según se vio en el apartado correspondiente, la preocupación por la igualdad formal no es suficiente para garantizar la justicia en el contrato y es necesario vigilar la igualdad en el plano material. Si esto es así para la contratación negociada, es coherente pensar que la situación se acusa cuando se trata de contratación mediante condiciones generales, en la que las partes no han convenido el contenido del contrato sino que éste es un conjunto de cláusulas predisuestas por una de ellas, mientras que a la otra sólo le queda adherirse a las mismas.

En definitiva, tenemos todos los ingredientes para que el artículo 1.256 Cc se materialice como vía de control de contenido en aquellos contratos de adhesión entre empresarios en los que el adherente tenga una posición débil: por una parte, un punto de partida con una situación de especial desprotección de uno de los contratantes, que acentúa la posibilidad de abusos en el contenido del contrato; por otra, una norma prohibitiva, imperativa, límite claro de la autonomía de la voluntad, en sede de contratos y concebida de forma amplia para todo “contratante”<sup>1087</sup>. QUIÑONERO reconoce la utilidad del 1.256 para combatir los abusos que se cometen en las condiciones generales pues *“la generalidad con que está escrito lo permite y, sobre todo, porque se refiere al arbitrio de uno de los contratantes, concepto que, así, no está recogido en los demás artículos”*. Además, prosigue, *“ese arbitrio de uno de los contratantes puede imponer no sólo pactos, cláusulas y condiciones, sino también (y a través de las condiciones generales) el comportamiento que debería observarse para el cumplimiento”*.

Si esto es así, ¿qué falta para materializarse como un control de contenido de cara a paliar los excesos en la contratación por adhesión entre empresarios? A nuestro juicio sería conveniente concretar más el precepto. O, más que concretar, facilitar la aplicación del mismo delimitando el supuesto de hecho y determinando la consecuencia jurídica. Nos centraremos en lo primero.

---

<sup>1087</sup> Ver QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al artículo 1256...”, op. cit., p. 312. Esta idea la recoge también ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 192, que resalta la función de control de contenido del artículo 1.256 en la contratación adhesiva en la medida en que *“la arbitrariedad en beneficio del profesional es un supuesto claramente de abuso”*.

En lo que concierne a los efectos de la arbitrariedad, el artículo 1.256 Cc proscribe la misma en el contrato pero calla respecto a la consecuencia jurídica de una supuesta infracción del principio en él dispuesto. Simplemente dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, sin que sepamos cuál podría ser la sanción de esta conducta. No parece, sin embargo, muy complicado concluir que la sanción sería la nulidad de la cláusula en cuestión en el contrato mediante condiciones generales.

Por esta nulidad parcial abogó, en su momento, VALPUESTA<sup>1088</sup>, encontrando la razón de ser de la misma en los contratos de adhesión en el hecho de no favorecer precisamente a quien abusó. Tras recordar el carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 1256 Cc, porque lo contrario a esta norma “*no es ni contrato, ni derecho, ni Justicia*”, el autor entiende que la declaración de ineficacia no puede favorecer a la persona que tiene a su arbitrio el contrato, porque sería como afirmar su posición de desvinculación y al contratante débil que aceptó se le perjudicaría aún más. Recientemente ALBIEZ<sup>1089</sup> se manifestó en el mismo sentido, entendiendo que el silencio del precepto sobre las consecuencias de una cláusula de contenido arbitrario no era óbice para sancionar la cláusula con la nulidad.

### **1.2.i. Delimitación del supuesto de hecho: ¿qué se puede entender por “arbitrio”?**

Parece lógico empezar por el análisis de los antecedentes del precepto que nos ocupa para intentar perfilar el concepto a través de la voluntad del legislador. Concretamente, si la prohibición del artículo 1.256 Cc versa sobre los comportamientos arbitrarios, la tarea a desarrollar será determinar el concepto de “arbitrio”.

Los autores que hacen un recorrido a través de los textos romanos<sup>1090</sup>, señalan que aparecen numerosas referencias al arbitrio, distinguiendo dos tipos: el *arbitrio boni viri*, o arbitrio del hombre recto, y el llamado mero arbitrio. El primero, el arbitrio del buen varón, se caracteriza por la razonabilidad, la ponderación y la ecuanimidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto. Por contra, el mero arbitrio hace referencia a la decisión no sujeta a revisión posible y que puede ser incluso caprichosa o injusta<sup>1091</sup>.

<sup>1088</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad...*, op. cit., pp. 383 y ss.

<sup>1089</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 194.

<sup>1090</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero...*, op. cit., pp. 100 y ss.; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad...*, op. cit., pp. 222 y siguientes.

<sup>1091</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad...*, op. cit., p. 234.

Alusiones al arbitrio se hallan también en los textos legales actuales en relación a la determinación de algún elemento del contrato que no puede dejarse a la voluntad de una de las partes<sup>1092</sup>. Nos parece muy coherente la postura del profesor VALPUESTA, que apunta que, cuando el legislador se refiere al “arbitrio” en su prohibición, lo hace pensando en el mero arbitrio y no en el *boni viri*. Entre otros argumentos, si el legislador se refiriera al arbitrio *boni viri* no habría peligro alguno de arbitrariedad porque siempre va a implicar una actuación regida por la adecuación, la ponderación y la razonabilidad.

¿Cuál sería, entonces, el comportamiento o disposición sancionados por la ley en el artículo 1.256 Cc? Pues parece que aquella conducta o acuerdo en el que “*queda a la voluntad de la parte el hacer o no sin pauta ni regla alguna o cuando la hipotética adecuación a pautas o reglas sea incontrolable*”<sup>1093</sup>. Aún cuando es expresiva esta aportación, este primer acercamiento al concepto de arbitrio exigiría, sin embargo, un mayor desarrollo si queremos dotar al precepto de un cierto atractivo para los tribunales, de cara a su aplicación como mecanismo de control de contenido. A falta de que la precisión pueda venir, a nuestro juicio, de la mano de una definición que, por serlo de un principio general del Derecho, está abocada a mantenerse en una esfera relativamente indeterminada, sí que nos podemos servir de los diferentes tipos de cláusulas que se han analizado, con esa intención y con mayor o menor detenimiento, en líneas anteriores. Al fin y al cabo, a pesar de que este elenco de cláusulas solo está recogido de forma expresa en un texto legal de consumo –el TRLGDCU–, no son sino supuestos concretos en los que se puede ver una aplicación más cercana y menos teórica del principio contenido en el artículo 1.256, supuestos que, por otro lado y como se ha expuesto, pueden plantear los mismos problemas de “abusividad” en contratación entre empresarios, incluso, alguno, con mayor intensidad en dicho ámbito por la forma de contratar o el funcionamiento del tráfico mercantil en el sector. Por ello, el hecho de que el ámbito de aplicación subjetivo del TRLGDCU esté limitado a los contratos con consumidores no es obstáculo para tomarlo como guía porque todas las conductas recogidas en estos artículos tienen como denominador común estar inspiradas en el artículo 1.256 Cc y, en mayor o menor medida y con ciertos correctores, podrían ser de aplicación también a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. Esta idea bien pudiera estar en línea con la conocida teoría indiciaria (*Indiztheorie*) utilizada por la

---

<sup>1092</sup> Por ejemplo, los artículos 1.447 y 1.449 del Código civil, respecto del precio, o el artículo 1.690 de la norma civil, al hilo del contrato de sociedad y de la designación de la parte de cada uno en las ganancias por un tercero, designación que sólo se podrá impugnar cuando “*evidentemente haya faltado a la equidad*”.

<sup>1093</sup> Para VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad*..., op. cit., p. 260, arbitrio es lo contrario de contrato porque no está sujeto a obligación o deber alguno, es lo que “*puede ser uno o su contrario indistintamente*”.

jurisprudencia alemana para llevar a cabo una valoración paralela de las cláusulas contenidas en los parágrafos 308 y 309 BGB, de aplicación a contratos con consumidores, en la esfera de los contratos de adhesión mercantiles. Siendo conscientes de las recientes voces doctrinales alemanas que se plantean si no se estará extralimitando la aplicación de un control de contenido pensado para contratos con consumidores a través de esta teoría, pensamos que aquí no ocurriría lo mismo: el fundamento último de la nulidad es una norma claramente imperativa para todo tipo de contrato y que, con o sin listado orientativo de cláusulas abusivas, podría determinar la nulidad de una cláusula.

Efectivamente, como hemos tenido ocasión de ver, también en contratos entre empresarios se han incluido cláusulas en las que algún aspecto del contrato quedaba en manos de una de las partes, concretamente del predisponente en el caso de contratación adhesiva. Todos los supuestos que se han abordado son calificados expresamente como abusivos –y, por tanto, nulos- en contratación con consumidores pero tampoco han sido considerados siempre adecuados aun cuando la parte perjudicada tuviera la condición de empresario amparándose, eso sí, en el artículo 1.256 Cc, entre otros preceptos. Quizás en este sentido la jurisprudencia podía ser de mayor ayuda en la labor de aclarar qué conductas pueden ser arbitrarias o de dar efectivo uso en la contratación adhesiva entre empresarios al principio de interdicción de la arbitrariedad, en el que sin duda están inspiradas las menciones de la legislación de consumo. Son muchos los supuestos que podrían ser potencialmente “abusivos” por dejar algún aspecto del contrato al arbitrio de una de las partes. Hemos visto ejemplos de ello: cláusulas que permiten en exclusiva al predisponente determinar cuándo existe incumplimiento o atribuir sentido a las declaraciones hechas por los contratantes; cláusulas que facultan al predisponente para alterar unilateralmente el contenido “pactado” o para resolver también de forma unilateral el contrato; cláusulas que pueden llevar a dejar en manos del predisponente aspectos como la perfección o el cumplimiento del contrato mediante plazos indeterminados o excesivamente prolongados o formalidades excesivas e inesperadas; cláusulas vinculadas con la prórroga del contrato que facilitan al predisponente un cierto control de la duración del mismo; cláusulas que eliminan la facultad del adherente de resolver el contrato por incumplimiento o de acudir a otros remedios.

Sin embargo, no son mayoritarias las resoluciones que se valgan del artículo 1.256 Cc para declarar no válida una cláusula en contratación entre empresarios. En muchos casos, la interdicción de la arbitrariedad no es la *ratio decidendi* para determinar la nulidad de la

cláusula, sino que es una regla entre otras, como es el artículo 1.255 o el muy citado 1.258 Cc. Es frecuente su mención conjunta con otras normas imperativas, como las referentes a la interpretación en contratación mediante condiciones generales o normativa específica en determinados sectores o para determinadas cuestiones. Incluso cuando se aplica el precepto que nos ocupa, se hace complicado construir a partir de los razonamientos contenidos en las sentencias un concepto más concreto de arbitrio: los tribunales se limitan a decir que tal conducta o tal disposición contradice el artículo 1.256 Cc porque deja un aspecto del contrato a la voluntad de una de las partes y, generalmente, no van más allá de lo que sería el propio tenor literal del artículo.

Pues bien, retomando la idea de que lo arbitrario es lo no sujeto a pautas e intentando una definición de este término en sentido negativo, podemos iniciar diciendo que es comúnmente admitido, *a sensu contrario*, que un comportamiento no puede ser considerado como arbitrario si se ajusta a unas reglas. Obviamente, estas reglas tienen que ser, en primer lugar, conocidas por las partes. La cláusula en cuestión debe contener una pauta definida, de tal forma que las partes actúen conforme a normas predeterminadas. Si recordamos, un motivo que podía generar que alguna cláusula de las que hemos examinado pudiera llegar a ser arbitraria es, precisamente, la indeterminación de la misma. Así ocurre en las cláusulas que fijan plazos insuficientemente determinados respecto de la oferta o el cumplimiento, que, con independencia de infringir otros preceptos, son claramente contrarias al artículo 1.256 Cc porque permiten que la parte correspondiente pueda darle realmente el contenido que cuadre mejor con sus intereses, sin que el otro contratante pueda saber de antemano y con certeza, en estos casos, cuál es el plazo en el que le vincula la oferta o aquel en el que la prestación tiene que ser satisfecha. Al hilo de las facultades de modificación unilateral del contrato, también se configuró expresamente la precisión como uno de los requisitos para que la justa causa fuera tal, en la medida en que una redacción ambigua desvirtuaría todo esfuerzo para someter a control la actuación de la parte que se ha reservado la facultad de alteración del contrato.

Pero, además, al contenido de las mismas se le tiene que exigir unos requisitos. Aunque parezca obvio, no debemos olvidar que no pueden depender de la mera voluntad de una parte. No habría problema, por tanto, si se subordina al criterio de un tercero, como ya habíamos apuntado al tratar la determinación del precio. Trayendo otro ejemplo que ilustre esta idea, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de febrero de 2010 [RJ\2010\1786],

excluye la arbitrariedad porque la cláusula en cuestión no depende de una de las partes. Se incluye, en un subcontrato de obra, una cláusula que dispone lo siguiente: “*el contratista podrá retener los pagos correspondientes al industrial si la propiedad no ha pagado al contratista cantidades correspondientes a los trabajos certificados por el industrial. En tal caso, el pago retenido se realizará cuando la propiedad pague al contratista dichas cantidades*”. En primera instancia se modera la retención por considerarla abusiva, resolviendo que sólo cabe la retención del 25% de la cantidad debida mientras que la Audiencia Provincial no acepta dicha moderación sino que considera que la cláusula es nula. Por su parte, el Tribunal Supremo acaba desestimando la infracción del artículo 1.256 Cc porque “*ni siquiera se plantea el arbitrio de una de las partes contratantes, ya que las discutidas cláusulas, esencialmente la de retención, dependen no de una de ellas, sino del pago por el tercero ajeno al contrato de autos, el dueño de la obra*”. La cláusula, por tanto, no revelaría ningún comportamiento arbitrario.

Lo fundamental, por tanto, es evitar la situación en la que una de las partes ostenta la facultad –sin fundamento– de poder decidir alguno de los aspectos, esto es, que no quede “*al arbitrio de uno de los contratantes*”, como reza el precepto<sup>1094</sup>. En este sentido, DÍEZ-PICAZO<sup>1095</sup> ve una confusión en la legislación con los términos “voluntad” y “arbitrio”. Así, lo que prohibiría el artículo 1.256 Cc es que se remita algún aspecto a la voluntad de una de las partes, siendo el arbitrio, por el contrario, un juicio objetivo o de equidad. Esta idea, sostenida también, recordemos, por VALPUESTA, nos devuelve a la importante distinción entre arbitrio *boni viri* y *arbitrium merum*, correspondiéndose este último con la simple voluntad del contratante e identificando el primero con lo que podría ser “lo razonable”<sup>1096</sup>. Este criterio no es novedoso en este trabajo. A lo largo de los diversos

---

<sup>1094</sup> Como otro ejemplo a sumar a los ya vistos, la SAP de Madrid de 9 de febrero de 2007 [AC\2007\1115], al hilo de un contrato de agencia para el abastecimiento de carburantes y la cláusula por la que se fija el precio, concluye que no vulnera el artículo 1.256 del Código civil. Más importante para el estudio que nos ocupa que el argumento de que no se fija unilateralmente por el predisponente sino que aparece en un documento suscrito por ambas partes –característica, por otra parte, común a muchos de los supuestos que se están analizando y que, pese a eso, pueden contener abusos– nos parece el hecho de que los criterios que se establecen para determinar el importe de la comisión se refieren a los precios medios para las otras estaciones de servicio abanderadas por el suministrador “*entre los que se encontrarían los de fecha más reciente para cuya captación REPSOL se vería obligada a ofrecer un precio atractivo y competitivo frente a otros proveedores, por lo que sería imposible aceptar que, a la hora de fijar el importe de la comisión, pudiera ser determinante la voluntad de REPSOL*”. Sin embargo, no nos parece tan claro que el precio no quede prácticamente a la voluntad de la parte predisponente porque, al fin y al cabo, es el resultado de la media de otros precios también establecidos por la misma parte y porque una cosa es que REPSOL forme parte de un mercado competitivo y tenga que estar atento a los precios que fijan otros proveedores y otra, que eso implique que su voluntad no sea determinante para la fijación del precio.

<sup>1095</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero...*, op. cit., p. 104.

<sup>1096</sup> De hecho, si nos guiamos por las definiciones de la Real Academia de la Lengua Española, se puede observar cómo los conceptos “arbitrariedad” y “razonable” tienen una definición en gran medida común:

supuestos de hecho a los que nos hemos referido, tanto en el Derecho comparado, como en textos de Derecho uniforme europeo o, así mismo, en propuestas de modernización de nuestro ordenamiento jurídico, el término “razonable” ostenta un papel importante en la determinación de algunos aspectos del contrato (por ejemplo, véase la fijación de plazos en defecto de señalamiento expreso).

Algo parecido argumentó el Tribunal Supremo en su ya citada Sentencia de 30 de abril de 2010 [RJ\2010\4360], donde la cláusula por la que se considera causa justificada para la resolución unilateral del editor (se trata de un contrato de distribución en exclusiva de libros y prensa) el “*inadecuado grado de penetración de cualquiera de las publicaciones, a juicio del editor*”, debe ser interpretada, para que no implique dejar el cumplimiento de lo convenido al arbitrio de uno de los contratantes, objetivando la expresión, “*entendiéndola como una defraudación de las legítimas expectativas razonables del editor*”. Es decir, acudiendo a conceptos contrarios a la idea de arbitrio, como lo son, en este caso y respecto de las expectativas del editor, sólo las que fueran “*legítimas*” y “*razonables*”.

Dotar de contenido a este concepto implica tener en cuenta en el caso concreto múltiples circunstancias que pueden hacer variar radicalmente lo que se entiende por razonable de un supuesto a otro. No será lo mismo cuando se trate de un contrato de adhesión en lugar de uno negociado, del mismo modo que la cualidad de las partes –consumidor o profesional– también podrá influir en la valoración. La naturaleza del contrato en el que se inserte la cláusula, el sector en el que se desenvuelva y los usos del mismo, entre otros, son factores a tener en cuenta. Fijándonos en el primero de ellos, la condición de contrato no negociado nos parece de una gran relevancia cuando de arbitrariedad se trata. Está claro que un contrato en el que una de las partes predispone el contenido del mismo, es un negocio jurídico en el que no sorprendería encontrar alguna facultad reservada al arbitrio del predisponente. “*La arbitrariedad excluye la negociación*”, apunta ALBIEZ<sup>1097</sup>. La ausencia de un acuerdo de voluntades en el más pleno sentido de la expresión, conlleva que las posibilidades de que existan cláusulas en las que el predisponente retiene sin justa causa alguna facultad son mayores que en un contrato negociado. Dada esta peculiar configuración en la forma de contratar y los riesgos que asocia, parece recomendable intentar dotar al criterio de “lo razonable” de algo de objetividad, de tal forma que se

---

mientras que la primera es considerada como un “*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*”, se entiende por la segunda lo “*justo, conforme a la razón*”. La búsqueda de la justicia y la razón, así, confluyen en ambas.

<sup>1097</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 194.



facilite el control para determinar si la cláusula o el comportamiento en cuestión se mueve en el ámbito del arbitrio *boni viri* (lo razonable) o del mero arbitrio (mera voluntad de una de las partes). Si la interdicción de la arbitrariedad y lo razonable tienen en común la búsqueda de la justicia del contrato, debería valorarse de forma positiva la aproximación del término “razonable” hacia lo que se ha considerado por la doctrina como la mejor composición de los intereses de las partes, la regulación normal del contrato, esto es, el Derecho dispositivo<sup>1098</sup>. Sin querer adelantarnos a lo que se expondrá en profundidad en el apartado correspondiente acerca del análisis del papel del Derecho dispositivo en el control de condiciones generales de la contratación entre empresarios, es un parámetro que se nos antoja buen referente para acotar lo que se puede entender por razonable<sup>1099</sup>. Obviamente, el Derecho dispositivo lo es porque cabe que los contratantes se aparten de lo en él establecido haciendo uso de su autonomía de la voluntad. De esta suerte, el mero hecho de que una cláusula no siga lo dispuesto por la norma no imperativa no implica directamente la existencia de arbitrariedad (en el sentido de *arbitrium merum*). Habrá que tener en cuenta si existe una justificación para esa reserva de facultades por parte del predisponente según el tipo de contrato –en función de la asunción de riesgos que hace cada parte; si el posible desequilibrio o situación de desprotección se compensa con otra cláusula; si por la naturaleza, cualidades o precio de la prestación es justo que algunas variables permanezcan indeterminadas o sean potencialmente alterables por una de las partes–, el sector en el que se incardina el negocio –un sector muy dinámico y cambiante que requiere que una de las partes conserve facultades de modificación de determinados aspectos para ir adaptando la relación contractual a la situación del mercado–, o los usos existentes, entre otros. Si, a la vista de esta ponderación, resultan indicios de que no existe una justa causa que ampare la desviación respecto de lo que hemos tomado como referente de comparación, el Derecho dispositivo, habría que pensar que la cláusula o comportamiento no es razonable sino arbitrario, en el sentido de *arbitrium merum*, dependiente de la mera voluntad del predisponente y sin una justificación objetiva válida que lo respalde (no siendo, desde luego, el argumento de la libertad de pacto basada en la autonomía de la voluntad un argumento correcto dada la forma de contratación)<sup>1100</sup>.

<sup>1098</sup> DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos...”, op. cit., pp. 332 – 334.

<sup>1099</sup> Somos conscientes de que existen supuestos para los que el Derecho dispositivo no podría darnos una solución puesto que no están regulados (por ejemplo, en materia de plazos de oferta y aceptación) pero ahí podrían entrar, por ejemplo, los usos.

<sup>1100</sup> En la contratación con consumidores también se puede ver esta idea de la necesidad de que la conducta unilateral debe estar justificada objetivamente para que no sea arbitraria. Así, el TRLGDCU excluye la abusividad de ciertas cláusulas, descartando la concurrencia de una actuación arbitraria: “salvo [...] que concurran motivos válidos especificados en el contrato” o “sin que [...] existan razones objetivas”.

### 1.2.ii. Conclusiones

Está claro que la fijación de lo que resulta arbitrario depende de las específicas circunstancias que enmarcan cada caso concreto y que sólo se pueden dar unos rasgos mínimos que tienen que concurrir en una cláusula o en un comportamiento para que la arbitrariedad quede, en principio, excluida. No es lo mismo valorar una cláusula en un contrato con consumidores que la misma cláusula en un contrato entre empresarios y, dentro de éstos, en función de la posición que pueden ostentar las dos partes una respecto de la otra. También la naturaleza del contrato o de la prestación puede influir en que una cláusula tenga justificación en un escenario y no en otro y los usos y prácticas mercantiles modulan una posible contravención del principio estudiado.

Pero no menos importante resulta, a nuestro modo de ver, si el contrato ha sido negociado o si, por el contrario, se trata de un clausulado predispuesto por una de las partes sin que a la otra le quede más que adherirse al mismo. Es manifiesto que la necesidad de protección para una de ellas en los contratos mediante condiciones generales es mayor que en los contratos cuyo contenido se ha negociado. Nótese que, en este último supuesto y respecto a la prohibición de la arbitrariedad, las posibilidades de que las cláusulas contengan reserva de facultades arbitrarias son menores. Sin embargo, cuando una de las partes ha redactado el clausulado, parece lógico asumir un mayor riesgo de encontrarnos con supuestos de abusos relacionados con el artículo 1.256 Cc. Hemos tenido la oportunidad de ver múltiples ejemplos de supuestos en los que se producía esta situación, con independencia de lo acertado de la solución que se le diera a los mismos. Esta idea es la que parece estar detrás de la afirmación de ALBIEZ<sup>1101</sup> de que, dado que la arbitrariedad por sí sola puede servir de base para negar la validez de una determinada cláusula y que dicha arbitrariedad excluye la negociación, *“se podría hablar, al menos, de una presunción de “abusividad” en el caso de que el predisponente se reserve ciertas facultades y derechos de forma arbitraria”*.

Entendemos que el autor quiere facilitar la sanción de una cláusula como nula cuando ésta, en sede de contratación mediante condiciones generales, parezca, tenga los visos de, contener una reserva de derechos y facultades dependientes de la voluntad del predisponente y sin que exista justificación alguna aparente para ello. Que el predisponente sea el que tenga que

---

<sup>1101</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 194. Concluye el autor, así, que *“el artículo 1.256 es más impactante en la contratación adhesiva que el artículo 1.255 al negar la arbitrariedad en los contratos”*.

demostrar el motivo que respalda la cláusula. Quizás por eso sería más claro afirmar directamente que habría una presunción de abusividad sólo con que el predisponente se reserve prerrogativas desplazándose de la distribución “normal” de derechos y facultades, según el tipo de contrato porque si se exige que la reserva se haga de forma arbitraria, ya no es necesaria la presunción, sería de aplicación inmediata el artículo 1.256 Cc.

Identificando el arbitrio permitido, el arbitrio *boni viri*, con lo razonable y esto último con lo justo, con la mejor composición de intereses, teniendo en cuenta las múltiples variables que pueden constituir una justa causa para que una cláusula que, en principio, no sería razonable, pase a serlo, parece que el Derecho dispositivo puede cumplir una función como parámetro de referencia para valorar –teniendo en cuenta, repetimos, todos los factores que, en especial en contrataciones mercantiles, son muchos- si esa sospecha de arbitrariedad es una vulneración del principio contenido en el artículo 1.256 Cc o no. En este sentido, nos puede recordar –sin perjuicio de las consideraciones que hicimos en el epígrafe correspondiente- a la presunción recogida en el artículo 1.262, apartado 4º de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, que presume abusivas “*las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables*”.

Por consiguiente, partiendo de todo lo hasta aquí dicho, podemos concluir que, si bien la interdicción de la arbitrariedad se puede aplicar por igual a todo tipo de contratos, no parece exagerado decir que puede tener un mayor campo de acción en los contratos con un déficit de autonomía de la voluntad. Esto es así en las relaciones con consumidores pero también en las interempresariales. Es más, potenciar la aplicación del artículo 1.256 Cc como mecanismo claro de control de contenido no tendría tanta relevancia en el ámbito del Derecho de consumo que, como hemos visto, cuenta con textos que se encargan de desgranar y regular de forma pormenorizada su aplicación. Pero en la contratación entre empresarios, donde estamos huérfanos de una normativa específica que tutele a la parte débil, la trascendencia de que la prohibición de la arbitrariedad fuera un instrumento real de control material sería mucho más significativa.

## **2. El artículo 1.102 del Código civil: el dolo como límite en la limitación o exoneración de responsabilidad**

El dolo no es una figura que nos resulte ajena en la medida en que ya ha tenido presencia en este trabajo al hilo del estudio de la indemnización de daños y perjuicios como remedio

frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Dentro de un conjunto de normas de naturaleza dispositiva para las partes, que pueden, por tanto, modificar mediante pactos que atenúen o agraven la responsabilidad, el dolo se erige como límite infranqueable. Así conceptualizado, el artículo 1.102 Cc extiende la responsabilidad derivada del dolo a todo tipo de obligaciones sin que quepa modificación convencional en contra (nulidad del *pactum de dolo non praestando*). Su literalidad no deja lugar a dudas acerca del carácter imperativo de este precepto y así lo han entendido de forma unánime doctrina<sup>1102</sup> y jurisprudencia.

Así, el Tribunal Supremo ha subrayado que la obligación de reparar el daño causado por dolo es necesaria y no está, por tanto, sujeta a la autonomía de la voluntad. El “*carácter cogente del dolo como fundamento de responsabilidad es establecido en el último inciso del artículo 1.102 en términos de irrenunciabilidad a la acción, lo que, según autorizada doctrina científica, debe entenderse en el sentido de “a priori” y no “a posteriori”, es decir, como función de responsabilidad y no como el efecto de la obligación de indemnizar ya originada, la cual por ser patrimonial obviamente es renunciable, mientras que el artículo 1.103 del Código Civil, respecto a la responsabilidad derivada de negligencia, no cita la prohibición del pacto de impunidad, con lo que admite su validez*”<sup>1103</sup>.

Son muchas las definiciones que se han dado del dolo<sup>1104</sup> pero, en lo que a nosotros nos interesa respecto del cumplimiento de las obligaciones, lo relevante es el elemento antijurídico del mismo, ya que es ahí donde reside el fundamento de la prohibición de cualquier tipo de pacto que deje impune el comportamiento del deudor doloso. En este

---

<sup>1102</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 135 y ss.; CARRASCO PERERA, A., Comentario al artículo 1.102, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 464 y ss.; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas...*, op. cit., pp. 141 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas...*, pp. 113 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 1088 a 1107”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1298; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 253 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 748 y ss.

<sup>1103</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005 [RJ\2005\9617].

<sup>1104</sup> Acerca del concepto de dolo, vide CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo tercero, 17ª ed., Reus, Madrid, 2008, p. 253; MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, núm. 3, pp. 593 y ss.; CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1102...”, op. cit., pp. 450 y ss.; SANTOS BRIZ, J., “Comentario a los artículos 1101 a 1107”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, pp. 94 – 95, 103; BADOSA COLL, F., “Comentario al artículo 1102”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 37; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 142 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 1088 a 1107...”, op. cit., p. 1298; GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual...”, op. cit., pp. 10 – 11; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 748 y ss.

sentido, existe consenso en extender los efectos del artículo 1.102 Cc también al supuesto de la culpa grave (*culpa lata dolo aequiparatur*)<sup>1105</sup>.

No se puede realizar una equiparación general entre ambas figuras pero sí a los efectos que nos ocupan, como un criterio de agravación de la responsabilidad que no admite modulación<sup>1106</sup>. Como pone de manifiesto LACRUZ<sup>1107</sup>, “*la culpa implica buena fe, y ésta, habitualmente, un mínimo de diligencia*”. Aquí enlazamos con la idea de la tutela del crédito como principio incluido dentro del orden público y con la necesidad de no permitir en el tráfico jurídico comportamientos en los que no se observe ni la más mínima diligencia. Así conceptualizado, el fundamento de la equiparación reside en que en ambos casos el comportamiento implica un grado extremo de negligencia, una especial gravedad, en palabras de MORALES<sup>1108</sup>, “*una grosera falta de la diligencia exigible*” (STS de 22 de septiembre de 2005 [RJ/2005\8870]). En este sentido, para GARCÍA AMIGO<sup>1109</sup>, la responsabilidad derivada de culpa grave se sustrae a la libertad contractual de los particulares “*no porque lo diga expresamente, con fórmula imperativa –como en el caso del dolo–, un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materias de orden público contractual*”.

Pero se ha buscado también un argumento en la dificultad de distinguir en la práctica una hipótesis de otra en la medida en que el criterio de deslinde vendría dado por la voluntad del

<sup>1105</sup> Haciendo un recorrido desde los orígenes de la culpa lata y su equiparación al dolo hasta el Código civil, MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio...”, op. cit., pp. 604 – 609.

En el caso del ordenamiento jurídico italiano, por el contrario, sí que aparecen expresamente identificados ambos criterios de imputación: en virtud del artículo 1229 Codice civile, “[è] nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave” (acerca de esta equiparación, MENICHINO, C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 72 y ss.). Sobre el tratamiento del dolo y la culpa grave desde una perspectiva comparada, vid. RUIZ SUTIL, C., Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2013, pp. 1479 y ss.

<sup>1106</sup> Sobre la equiparación entre ambos conceptos, no de forma absoluta sino ceñida al ámbito de los efectos del artículo 1.102 del Código civil, vide JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 646 – 647; “La responsabilidad contractual...”, op. cit., pp. 362 y ss.; CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1102...”, op. cit., pp. 471 – 475; DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1103...”, op. cit., p. 580; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 154 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas...*, op. cit., pp. 119 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op. cit., p. 168; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 1088 a 1107...”, op. cit., p. 1298; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las cláusulas de exoneración y limitación...”, op. cit., pp. 34 – 35; SALELLES CLIMENT, J. R., “Exclusión y limitación de responsabilidad...”, op. cit., pp. 268 y ss.

En el ámbito del transporte y el seguro, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “Modificaciones convencionales de la responsabilidad...”, op. cit., pp. 492, 548, 560.

En general, sobre la conveniencia de equiparación del dolo y la culpa grave en las cláusulas de exoneración de responsabilidad, por una cuestión práctica y por respeto a los valores de la buena fe, PINTO MONTEIRO, A., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 234 y ss.

<sup>1107</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op. cit., p. 168.

<sup>1108</sup> MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio...”, op. cit., p. 594.

<sup>1109</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 146 – 147.

sujeto que actúa –es decir, un incumplimiento de la obligación producido con plena conciencia de la antijuridicidad y voluntariamente –, elemento totalmente subjetivo y de difícil prueba<sup>1110</sup>. De este modo, como subraya JORDANO FRAGA<sup>1111</sup>, la no asimilación de la culpa grave al dolo supondría siempre una ventaja a favor del deudor doloso por la dificultad probatoria<sup>1112 1113</sup>.

El dolo, como causa de incumplimiento, está relacionado con el concepto de mala fe. Así se desprende del artículo 1.107 Cc, en el que se contrapone la figura del deudor de buena fe a la del deudor doloso –equiparando este último, por tanto, con el deudor de mala fe<sup>1114</sup>-. Esta

---

<sup>1110</sup> Acerca de la prueba del dolo, MONTÉS PENADÉS, V. L., “La responsabilidad por dolo”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 737 y ss.

<sup>1111</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 646 – 647.

<sup>1112</sup> La SAP Madrid de 21 de abril de 2014 [AC\2014\978], respecto del transporte aéreo, el Convenio de Varsovia y el tratamiento del dolo y la culpa grave apunta que “[e]stas interpretaciones se han justificado por la práctica imposibilidad para el pasajero de demostrar el dolo (incluyendo el dolo eventual) del transportista o de sus dependientes, de manera que en supuestos en los que al menos existiría una grave negligencia se permite superar los límites de responsabilidad. Se trata de evitar que el transportista resulte beneficiado”.

<sup>1113</sup> En diversos ámbitos se encuentran referencias a la equiparación. Por ejemplo, el artículo 121 de la Ley 48/1960, de Navegación aérea, directamente alude al “*dolo o culpa grave*”, del mismo modo que lo hace el artículo 48.2 LCS respecto a los daños por incendio. Por su parte, el artículo 29 del Convenio de Ginebra de 10 de mayo de 1956, sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, elimina el beneficio de las limitaciones de responsabilidad a favor del transportista si el daño ha sido causado por dolo o por falta que le sea imputable y que sea equiparada al dolo por la legislación del lugar. El Tribunal Supremo ha interpretado esa “*falta equivalente*” como culpa grave en la sentencia de 13 de mayo de 2008 [RJ\2008\3066].

Respecto del contrato de transporte aéreo, algo similar disponía el artículo 25 del Convenio de Varsovia de 1929, antes de su modificación en 1955 (se puede ver el texto en: [http://www.fomento.es/mfom/lang\\_castellano/direcciones\\_generales/aviacion\\_civil/convenios/convenios\\_internacionales/04\\_gacetamadrid233\\_31.htm](http://www.fomento.es/mfom/lang_castellano/direcciones_generales/aviacion_civil/convenios/convenios_internacionales/04_gacetamadrid233_31.htm); en concreto, hablaba de “*dolo o de faltas que, con arreglo a la Ley del Tribunal que entiende en el asunto, se considerasen como equivalentes al dolo*”). Traemos a colación esta norma porque nos parece interesante el relato que hace la SAP Madrid de 21 de abril de 2014 [AC\2014\978] de la intención con la que se quiso incluir esta fórmula en el texto legal, y que reproducimos a continuación: “*En la interpretación de este precepto se siguieron dos criterios distintos según se entendiera si la expresión "dolo o culpa equivalente" presentara naturaleza conjuntiva o disyuntiva. El primero, atendiendo a los trabajos preparatorios, consideraba que solo el dolo daba lugar a la exclusión. La culpa equivalente sería de aplicación exclusivamente en los ordenamientos anglosajones, que carecían de un concepto de "dolo" tal y como lo entienden los ordenamientos continentales ("wilful misconduct"). En la doctrina se ha destacado sobre este concepto que la superación del límite de responsabilidad va más allá de la existencia de culpa grave, "...is neither ordinary negligence, nor even gross negligence; it is something more" (DEMPSEY, Paul Stephen, "Carrier Liability for Loss Damage of International Air Freight: Plaintiff's and Defendants' Elements of Proof", Annals of Air Space Law, Vol. XXIX, 2004, p. 134). Lo cierto es que en los trabajos preparatorios, ante la oposición de Gran Bretaña a la inclusión de este concepto o de la "culpa grave", por ausencia de tal institución, se adoptó como solución la denominada "culpa equivalente", como fórmula admisible en los diversos ordenamientos, tanto continentales como del common law. El segundo criterio interpretativo sostuvo que si la lex fori equiparaba el dolo con algún tipo de negligencia, ésta tendría la misma eficacia que el dolo para superar los límites de responsabilidad. Esta tesis resultó mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia comparada*”.

<sup>1114</sup> Mientras que la responsabilidad en el caso del deudor de buena fe se limita a los daños previstos y los necesarios, en el supuesto de dolo (es decir, un comportamiento de mala fe, por oposición), se agravará extendiéndolos a todos los que se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

identificación entre dolo y mala fe ha sido puesta de manifiesto por la doctrina<sup>1115</sup> y la jurisprudencia<sup>1116</sup>, señalándose que en ambos casos existe la conciencia de ocasionar al acreedor un daño injusto o colocarle en una situación de injusta lesión sin adoptar las medidas necesarias para evitar tal daño. Volveremos sobre esta equiparación con motivo del análisis de otra norma de Derecho imperativo como es el artículo 1.485, segundo párrafo, en el que, con el mismo fundamento, se prohíbe el pacto mediante el cual el vendedor de mala fe (esto es, tal y como lo define el artículo y en línea con lo anteriormente apuntado, el que no ignore los vicios o defectos ocultos de lo vendido) pueda liberarse de su responsabilidad de saneamiento<sup>1117</sup>.

Pero, además de ser el comportamiento doloso un comportamiento contrario a la buena fe, el hecho de que se trate de una actitud en la que el deudor elude el cumplimiento de la obligación de forma deliberada y voluntaria lo sitúa en relación con otros preceptos ya estudiados –el artículo 1.256 Cc- y que recogen la prohibición de que el cumplimiento quede al arbitrio de uno de los contratantes. El fundamento de la prohibición reside en la idea de que permitir este tipo de pactos sería tanto como ir contra el propio concepto de obligación: al eliminar la responsabilidad derivada de incumplimiento que pudiera recaer sobre el deudor, se estaría dejando en sus manos la decisión de cumplir o no<sup>1118</sup>. Obsérvese, además, que está prohibida tanto la exoneración de responsabilidad por dolo como cualquier modulación (*a sensu contrario*, artículo 1.103 Cc). Esto supondría realmente una destrucción del vínculo jurídico, lo que, a su vez, equivaldría a ir contra el orden público: de nuevo citamos a GARCÍA AMIGO<sup>1119</sup>, quien, en su estudio monográfico de las cláusulas limitativas de la responsabilidad basaba la *ratio legis* de la prohibición establecida por el artículo 1.102.2º Cc en el mantenimiento del orden público: “[...] *Se puede permitir que el incumplimiento del contrato, debido a fuerzas exteriores o incluso a culpa leve del*

<sup>1115</sup> Por todos, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 752. Por su parte, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1102...”, op. cit., p. 459, se refiere a la “*no-buena fe propia del deudor doloso*”.

<sup>1116</sup> Según la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1, núm. 37/2005, de 16 de mayo [AC\2005\895], el Código civil configura el dolo como “*el incumplimiento consciente y voluntario de la obligación surgida a consecuencia de la perfección del contrato y, a diferencia del dolo penal, no se basa, exclusivamente, en la intención de dañar, sino en la de quebrar la norma, equivaliendo, por ello, a la mala fe*”.

<sup>1117</sup> Este paralelismo se observa también en el artículo 1476 del Código civil, que prohíbe el pacto que exime al vendedor de mala fe de responder por evicción. En cuanto al dolo en su función de criterio para medir la cuantía de la indemnización, se podrían citar entre otros, los artículos 1.478, 1.486 y 1.488 del mismo texto legal, en los que el régimen de responsabilidad del vendedor de mala fe se ve agravado respecto al que ignora los vicios y defectos.

<sup>1118</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 138 – 139; JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 656 – 657; CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1102...”, op. cit., p. 465; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op. cit., p. 168.

<sup>1119</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., p. 139.

*deudor, no genere responsabilidad; pero suprimir ésta por el dolo es suprimir el contrato mismo –que, como antes decíamos, es uno de los fundamentos básicos de la sociedad moderna-, y, en consecuencia, se estaría yendo contra las bases de la organización social vigente, es decir, contra el orden público”.*

Huelga decir que dentro del ámbito de interdicción entrarían no solo la exoneración o limitación directa sino también todas aquellas cláusulas que, de forma indirecta, pudieran tener el mismo efecto en la responsabilidad por dolo o culpa grave del deudor: cláusulas que acortan los plazos para la reclamación, que sujetan a formalismos desproporcionados la misma, que alteran la carga de la prueba, inclusión de cláusulas penales con un límite máximo en el caso de dolo que no cubre la total indemnización que correspondería, etc., situaciones muchas de las cuales son objeto de prohibición en el listado de cláusulas abusivas en contratos por adhesión con consumidores.

Se ha dicho que las cláusulas penales, próximas a las cláusulas de limitación de responsabilidad, deberían estar sujetas también a estos límites imperativos porque, de otro modo, se podrían convertir en un instrumento con el que salvar la prohibición de limitación de responsabilidad en el caso de dolo o culpa grave contenida en el artículo 1.102 Cc. Efectivamente, en la medida en que pueden tener una función limitativa de la responsabilidad, expuso en su día JORDANO FRAGA, *“bastaría establecer las limitaciones de responsabilidad en forma de cláusula penal fraudulenta para eludir la prohibición del artículo 1.102 del Código civil que, prescindiendo de la diversidad de funciones o calificaciones, prohíbe la minoración sustantiva de la tutela del crédito por debajo de los límites en él establecidos”*<sup>1120</sup>.

Con estos argumentos, parece que no cabe lugar a dudas acerca del papel del artículo 1.102 Cc como límite infranqueable para la autonomía de la voluntad. Siguiendo la misma idea, la Propuesta para la Modernización incluye de forma expresa la mención a la nulidad de las

---

<sup>1120</sup> Según este autor, la aplicación del artículo 1.102 del Código civil en este supuesto sería el resultado de recurrir a otra norma más general, como es la prohibición del fraude de ley contenida en el artículo 6.4º del Código civil (JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 626 – 627). Otro autor que también resalta la necesidad de someter a los mismos límites las cláusulas penales, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1102...”, op. cit., p. 468. Volviendo a JORDANO FRAGA, analiza así mismo el caso de las arras confirmatorias como medio de liquidación preventiva del daño resarcible y el problema que esto podría generar en cuanto a vulneración del artículo 1.102 del Código civil como límite imperativo. Concluye la ausencia de peligro ya que, ante un incumplimiento, el acreedor podría optar entre retener las arras recibidas o el doble de las que entregó o bien, si lo prefiere, solicitar el resarcimiento integral legal probando el daño, fórmula que permite a la parte que sufre el incumplimiento tener la posibilidad de ser indemnizada en su totalidad (JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 630 – 631).



“*exclusiones o limitaciones*” de la responsabilidad procedente del dolo (artículo 1.212). Y si esto es así en sede de contratos negociados, con mayor motivo cuando de contratación por adhesión se refiere: el artículo 1.262.3 del mismo texto ha creído conveniente incluir como dos de los supuestos de cláusulas abusivas las que excluyan o limiten la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave, por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente y por actos de sus representantes y auxiliares (letras b) y c), respectivamente)<sup>1121</sup>. Como se puede notar, se recoge de forma expresa la equiparación realizada tradicionalmente por la doctrina entre dolo y culpa grave y se especifica que la prohibición se extiende a cualquier tipo de limitación y no solo a la exoneración total.

A modo de ejemplo de cláusulas en contratos entre empresarios cuya validez ha sido cuestionada en relación con el aspecto que nos ocupa, la AP de Barcelona de 21 de marzo de 2001 [JUR\2001\160931] declara inválida una cláusula de exoneración inserta en un contrato mediante condiciones generales por el que una empresa encargaba a otra el revelado de películas y en virtud de la cual el laboratorio no asumía ninguna responsabilidad sobre el resultado y repercusión así como en el caso de pérdida o deterioro de los negativos, cláusula de no responsabilidad “*absolutamente imperativa*” y que “*implica la aceptación sin restricción ni reserva de las condiciones generales y de la presente cláusula*”. El órgano jurisdiccional, en aplicación del artículo 8.1 Ley 7/1998 y la prohibición del artículo 1.102 Cc, señala que no resulta válida tal cláusula pues según su literalidad, supondría una exoneración de responsabilidad derivada no solo de cualquier tipo de culpa sino incluso aquella que encuentra su origen en el dolo. En cuanto a una cláusula contenida en un contrato en el que se encarga la realización de trabajos de asfaltado y por la cual, una vez compactado el pavimento en presencia de las personas que la otra parte designe al efecto, no podrán éstos reclamar nada en cuanto al cumplimiento de uno de los requisitos de grosor de la capa asfáltica, el Tribunal entiende que, si bien no se podría admitir esta exoneración de responsabilidad en el caso de dolo, no se aprecia la concurrencia de una conducta de este tipo en el supuesto de hecho, pudiendo ser objeto de pacto, por el contrario, la exoneración de culpa en la ejecución contractual (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002 [RJ\2002\2883]). A idéntica conclusión llega el mismo órgano jurisdiccional (sentencia de 14 de julio de 2005 [RJ\2005\9617]) en el caso de un contrato de servicio de *handling* entre dos compañías aéreas que incluye una cláusula en la que se veta al transportista la posibilidad de formular reclamación alguna por daños derivados de la actuación de la otra parte, salvo que se realicen “*con intención de causar tales daños, muertes, retrasos, lesiones o pérdidas, o de*

---

<sup>1121</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., Voz “Responsabilidad contractual”..., op. cit., p. 5926, aun reconociendo que es cuestionable, aboga por entender permitido —en contratos negociados— el pacto de exoneración o limitación de la responsabilidad por el dolo de los auxiliares.

*una forma imprudente y a sabiendas de que podrían producirse*”. Dado que la cláusula respeta el espacio referido al dolo, obliga a ambas partes según lo previsto en el artículo 1.255 Cc y sin suponer una vulneración del 1.102 del mismo texto.

Pero no solo en el Código civil se contiene la idea de la responsabilidad derivada de dolo como irrenunciable. Como sabemos, uno de los sectores contractuales en los que el uso de cláusulas limitativas de responsabilidad está más extendido es el del transporte. Muestra de esa importancia es la naturaleza eminentemente de *ius cogens* del capítulo dedicado a la responsabilidad del porteador en la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías. Aún estando influida por el Convenio regulador del contrato de transporte internacional de mercancías –de carácter imperativo en su mayoría–, la Ley 15/2009, reguladora del contrato de transporte terrestre de mercancías, ha mantenido la idea de primacía de la autonomía de la voluntad contenida en la normativa al efecto del Código de Comercio –eminentemente dispositiva<sup>1122</sup>. Es muy expresivo, de esta suerte, que precisamente uno de los aspectos en los que se limita esta libertad contractual sea el relativo a la responsabilidad del porteador ya que, tal y como reza su artículo 46, “*las disposiciones de este capítulo [responsabilidad del porteador] tienen carácter imperativo*”.

Y ya ciñéndonos en concreto a la responsabilidad por dolo, y sin perjuicio de remitirnos a lo dicho al tratar las cláusulas de exoneración de responsabilidad, no podemos dejar de observar en lo que nos concierne ahora cómo se altera el régimen cuando el daño o perjuicio es causado por el porteador o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con una “*actuación dolosa*” o con una “*infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido*” que produzca daños que, aunque no fueran directamente queridos, sí que sean consecuencia necesaria de la acción: el beneficio que supone la fijación de unos límites máximos a indemnizar por pérdida, avería o retraso (art. 57 LCTM) se pierde en el caso de un comportamiento doloso (art. 62 LCTM)<sup>1123</sup>. De este modo, la norma se alinea con el artículo 1.102 Cc y proscribire cualquier tipo de elusión de la responsabilidad derivada de dolo<sup>1124 1125</sup>.

---

<sup>1122</sup> Al respecto, MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGET MONFORT, J., “Margen de autonomía de la voluntad...”, op. cit., pp. 25, 29; ESCUÍN IBÁÑEZ, I., “La indemnización del porteador responsable...”, op. cit., pp. 276 y ss. (asimismo, nos remitimos a la bibliografía citada en el apartado acerca del contrato de transporte terrestre de mercancías en el Primera parte. Capítulo III. IV. 3)

<sup>1123</sup> En todo caso, *vide supra* lo dispuesto respecto a las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad en el sector del transporte de mercancías (Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.iv. c.1))

<sup>1124</sup> GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 150, octubre – diciembre 1978, respecto del régimen legal

El mismo planteamiento lo encontramos en otros contratos de transporte con el mismo fundamento: el artículo 4.5.e) del Convenio de Bruselas y los artículos 282 y 283 de la Ley de Navegación Marítima (transporte marítimo) o el artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea (transporte aéreo), son ejemplos de la prohibición de la limitación de la responsabilidad en caso de dolo –en todos ellos se pierde el beneficio de la limitación de las indemnizaciones a unas cantidades concretas- y son reglas contra las que no cabe pacto en contrario dada su naturaleza imperativa.

Hasta donde nos alcanza, por tanto, no hay duda de que el dolo representa un verdadero límite para la autonomía de la voluntad, que como tal es aplicado por la jurisprudencia. La única contrariedad la constituye probablemente el alcance limitado del artículo 1.102 Cc en el sentido de que sólo sirve para evitar los abusos más evidentes pero no proporciona – porque no está previsto para ello- cobertura para aquellos otros supuestos que, pudiendo no ser tan obvios, pueden generar un perjuicio para el adherente empresario y huérfano de protección.

---

vigente en ese momento, pone a su vez de relieve la importancia en la práctica de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en el campo del transporte de mercancías y su relación con el contrato de seguro. El autor afirma el dolo y la culpa grave como límites a la responsabilidad del porteador – asegurado ya que con esta cobertura se podría producir un daño al dueño de las mercancías y al asegurador, sin que la aceptación de tal exoneración por razones de primas pueda ser una explicación que compense la destrucción de riqueza de la sociedad que se produce -el daño no se elimina con solo cambiar el sujeto pasivo del resarcimiento- y sin que sea posible su admisión por razones vinculadas con el contrato y la buena fe comercial, el orden público y las buenas costumbres. Por tanto, sería nula cualquier cláusula que limite preventivamente la responsabilidad del porteador por dolo o culpa grave (entre otras, pp. 492, 507).

<sup>1125</sup> Por su parte, la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, en su redacción anterior a la modificación del año 2003, también hacía alusión de forma expresa al dolo otorgándole a la responsabilidad de él derivada un tratamiento diferente. El artículo 23 facultaba al Gobierno para “*establecer límites máximos en relación con la responsabilidad de los transportistas derivada del contrato de transporte, los cuales serán aplicables en defecto del establecimiento expreso por las partes del valor de las mercancías a efectos de la consiguiente determinación de la responsabilidad*”, exceptuando de esa posibilidad de existencia de tope solo un caso: el supuesto del dolo. Así, resultaba pacífico, según la jurisprudencia, que la limitación de la responsabilidad contemplada en este artículo 23 de la Ley y el 3 del Reglamento que lo desarrollaba no era de aplicación cuando el daño se produjera mediante dolo del transportista (SAP de Valencia de 29 de junio de 2006 [JUR\2006\253122], SAP Madrid de 9 de marzo de 2006 [JUR\2006\154290], Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1, de 16 de mayo de 2005 [AC\2005\895]). Con la redacción posterior al 2003, desaparece la referencia al dolo y parece que hay libertad para el pacto entre las partes a la hora de fijar una indemnización máxima. Así, respecto de las mercancías, el artículo 23 dispone que “*salvo que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones diferentes, la responsabilidad de los porteadores de mercancías por las pérdidas o averías que sufran éstas estará limitada como máximo a la cantidad de 4,5 euros por kilogramo. La responsabilidad de dichos porteadores por los retrasos en la entrega de las mercancías no podrá exceder, salvo pacto en contrario, del precio del transporte*”.

### 3. El artículo 1.485.II del Código civil y la imposibilidad de limitar la responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe

El artículo 1.485 Cc forma parte de un conjunto de reglas del contrato de compraventa que regulan la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor, concretamente, la obligación complementaria de responder de los vicios o defectos ocultos. Sin entrar a valorar las luces y sombras del régimen de saneamiento<sup>1126</sup>, nos centraremos en esta obligación del vendedor frente a los vicios o defectos ocultos que tuviera la cosa vendida “*aunque*” –reza el precepto- “*los ignorase*”.

El Código de comercio, por su parte, se refiere en su artículo 342 a los “*vicios internos*” de la cosa vendida, pero simplemente para fijar el plazo que el comprador tiene para la reclamación. El hecho de que solo exista esta mención y la genérica del artículo 345 (“*en toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento a favor del comprador, salvo pacto en contrario*”, equivalente a la contenida en el artículo 1.474 Cc), hace necesario el análisis complementario de las normas del Código civil. No en vano, el saneamiento por vicios ocultos tiene una gran significación también en los contratos de compraventa mercantiles en la medida en que, en muchos casos, estas mercancías son objeto de una ulterior puesta en circulación.

Una señal de esta importancia sería la brevedad de los plazos contenidos en la norma de comercio: la ya tantas veces mencionada relevancia de la celeridad y seguridad en el tráfico mercantil exige que la operación sea firme cuanto antes. De ahí que, frente a los seis meses desde la entrega de la cosa que otorga el artículo 1.490 de la norma civil, el Código de comercio habla de treinta días para la reclamación, habiéndose considerado, además, un plazo de caducidad y no de prescripción<sup>1127</sup>. Se ha entendido que la forma de coordinar ambos

---

<sup>1126</sup> Por todos, MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio...”, op. cit., 593; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 135 y ss., poniendo de manifiesto una crítica al sistema de los artículos 1.484 y siguientes del Código civil respecto de aquellos aspectos mejorables. Los plazos cortos y perentorios que recoge, el carácter objetivo de la responsabilidad o los mecanismos que ofrece al sujeto afectado –reducción del precio o resolución- y que no satisfacen realmente sus intereses –como sí lo harían, por ejemplo, la subsanación del defecto o la sustitución del bien, remedios regulados en otro régimen, el de falta de conformidad-, son argumentos que han hecho que se haya abogado de forma creciente y en cada vez más ámbitos por sustituir la aplicación de esta normativa por la del incumplimiento en general.

<sup>1127</sup> Y esto para los vicios internos puesto que para los aparentes en el caso de que el comprador no haya examinado las mercancías en el momento de la entrega (porque vengan embaladas, por ejemplo), el plazo para realizar la denuncia es de cuatro días desde que las recibió (artículo 336, 2º párr. Código de comercio). Acerca del carácter de plazo de caducidad, URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato de compraventa mercantil: disciplina general”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, p. 104. A pesar de ser más prolongado, se ha considerado que los seis meses que marca el Código civil y que vienen justificados por la dificultad de probar la existencia del vicio con el transcurso del tiempo y de no dejar pendiente por mucho tiempo la relación, puede ser también un plazo insuficiente respecto de determinados bienes (GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 1484 a

plazos es concluyendo que el comprador tiene un plazo de seis meses para interponer la demanda siempre y cuando hubiera hecho la pertinente denuncia del vicio oculto en el plazo de los treinta primeros días<sup>1128</sup>.

Ahora bien, la importancia práctica del régimen de saneamiento por vicios ocultos no obsta para que sea posible, en principio, una modificación convencional del mismo. El artículo 345 Ccom resulta meridiano en este sentido al afirmar la obligación de saneamiento “*salvo pacto en contrario*” y, de idéntica manera, el artículo 1.485 Cc, párrafo 1º, evidencia que tal obligación no regirá “*cuando se haya estipulado lo contrario y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido*”<sup>1129</sup>. Por tanto, aunque esta responsabilidad del vendedor existe incluso en ausencia de pacto expreso de los contratantes, no parece que forme parte del contenido esencial del contrato de compraventa. Dicho esto, es necesario realizar una matización de gran importancia y que está, precisamente, relacionada con el análisis que nos ocupa en este apartado. El no refutado carácter dispositivo que presenta este régimen tiene un límite: que el vendedor lo sea de mala fe. Si, en virtud del artículo 1.485 Cc, el vendedor puede eximirse de su obligación de responder cuando así se hubiera pactado y cuando ignorara los vicios ocultos, *a sensu contrario*, es manifiesto que no cabrá ese pacto de exoneración o limitación de responsabilidad cuando el vendedor tuviera conocimiento de los mismos.

En este caso, por tanto, se está equiparando la mala fe con el conocimiento de la existencia de defectos, eso sí, aquellos que el comprador no puede apreciar. No olvidemos que solo se responde por los vicios que son ocultos, esto es, según lo que se extrae del artículo 1.484 Cc, por aquellos que no son manifiestos ni deberían serlo para un comprador-perito. Puestas así las cosas, el criterio vital alrededor del cual gira este sistema de responsabilidad parece que es el “*conocimiento*” de los vicios<sup>1130</sup>. Conocimiento por parte del vendedor, que marca la diferencia entre la posibilidad o imposibilidad de pacto, pero también conocimiento del vicio por parte del comprador, que tiene consecuencias de tanto calado

---

1490”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1989, p. 391).

<sup>1128</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...*, op. cit., p. 275 - 276; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 192 y ss.

<sup>1129</sup> El pacto no tiene que ser necesariamente expreso, *vid.* MORALES MORENO, A. M., “Comentario al artículo 1485”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 958.

<sup>1130</sup> O, visto desde la otra cara de la moneda, la ignorancia de los mismos. PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario...”, op. cit., p. 1746, identifica esta ignorancia con la buena fe en sentido subjetivo, buena fe que se presume y que hace que tenga que ser el comprador que pretenda impugnar el pacto de exclusión del saneamiento por vicios ocultos el que demuestre que el vendedor actuó de mala fe.

como determinar que exista o no responsabilidad. Se puede hablar, como apuntó MORALES<sup>1131</sup>, de una diligencia exigible recíproca entre vendedor y comprador: el primero debe desplegar una cierta actividad para conocer y, posteriormente, informar – como justifica el autor, el comprador adquiere un producto cuya utilidad y función le puede resultar desconocida y eso le ubica en una situación de cierto desequilibrio respecto del vendedor-; el comprador, por su parte, tiene que procurar por sí mismo el conocimiento de los defectos de la cosa, siendo una referencia para fijar el nivel de diligencia exigible la cualidad de perito o no del sujeto. Ahora bien, advierte MORALES, “*pese a la negligencia del comprador, el vendedor responde si actuó dolosamente, porque en esa valoración comparativa de las conductas de las partes que impone la buena fe, la negligencia del comprador queda superada por el dolo del vendedor*”.

Y es que, como es comúnmente admitido, la mala fe del artículo 1.485, 2º párrafo Cc no es sino una manifestación concreta del dolo<sup>1132</sup>, figura contenida en el ya estudiado artículo 1.102 del mismo texto legal. Dolo que, en este caso, vendría fundado en la ausencia de despliegue de un mínimo de rectitud y diligencia exigible y que sería la justificación para que se limite la autonomía de la voluntad de las partes<sup>1133</sup>. La existencia de este elemento – el dolo- es la que, según apunta MORALES<sup>1134</sup>, convierte las medidas de saneamiento en una medida de responsabilidad en lugar de ser una medida de atribución de riesgo (como las configura el primer párrafo del artículo 1.485 Cc).

La mala fe no se tiene en cuenta en este ámbito como causa de imputación de responsabilidad puesto que el régimen que instaura el Código civil es el de la responsabilidad objetiva del vendedor, sin ninguna vinculación con la idea de culpa<sup>1135</sup>. Si

---

<sup>1131</sup> MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio...”, op. cit., pp. 631 y ss.

<sup>1132</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 626 y ss., 635 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas...*, op. cit. p. 117; PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario...”, op. cit., p. 1746.

<sup>1133</sup> “*Estos preceptos [artículos 1.485 y 1.486 del Código civil] se hallan en línea con el contenido del más general artículo 1.102 Cc, en el que se instituye la prohibición a la renuncia de la acción de resarcimiento por dolo. Nuestra jurisprudencia, tiene establecido que al vendedor ha de exigírsele un comportamiento justo y honrado, conforme al principio general de la buena fe*” (SAP Barcelona de 8 de julio de 2002 [JUR\2002\270526]).

<sup>1134</sup> MORALES MORENO, A. M., “Comentario al artículo 1485...”, op. cit., p. 959.

<sup>1135</sup> Esta objetivización de la responsabilidad ha sido puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia: “*El saneamiento regulado en el Código civil no exige dolo ni culpa del vendedor, pues responde aunque ignorase los vicios o defectos ocultos por lo que las acciones edilicias operan más bien como un modo de imputar al vendedor el riesgo derivado de los vicios ocultos que pudiera tener la cosa vendida, a fin de evitar la insatisfacción del comprador, según criterios objetivos [...] El propio artículo 1.486, párrafo segundo, regula la acción de responsabilidad por dolo –o culpa in contrahendo- para reducir el precio o instar la resolución del contrato, si bien solo en este segundo supuesto reconoce indemnización de los daños y perjuicios*” (SAP Huesca núm. 59/2009, de 3 de abril, [JUR\2009\220906]). En la misma línea, SAP Valencia, de 4 de noviembre de 2009 [JUR\2010\63616].

se establece un paralelismo entre los párrafos segundos de los artículos 1.485, 1.486 y 1.488 Cc, la mala fe (esto es, “*el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador*”) tiene como consecuencias la exclusión de las cláusulas de exoneración, por una parte, y un agravamiento de la responsabilidad, por otra (se añade la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, según el segundo artículo, y se deben abonar los daños e intereses, según el último, en los supuestos de vicio oculto y vicio oculto al tiempo de la venta y pérdida posterior por caso fortuito o culpa del comprador, respectivamente)<sup>1136</sup>.

Evidentemente, el comportamiento exigible al vendedor –y al comprador, en la medida en que pueda determinar que nos encontremos ante un vicio oculto o bien uno aparente- podrá verse influido por varios factores. Así, retomamos la noción de perito, relevante en nuestro trabajo puesto que ambas partes contratantes tienen la naturaleza de empresarios. Respecto del comprador, puede implicar una menor necesidad de protección puesto que está actuando en el ámbito de su negocio y, por lo tanto, se le presupone una mayor capacidad para observar y recibir las mercancías. No podemos olvidar, no obstante, que este apunte, obvio cuando el empresario está contratando dentro de su sector, no lo es tanto, sin embargo, cuando actúa en calidad de comprador profesional pero respecto de bienes o servicios que no son objeto directo de su negocio sino accesorios necesarios para que el mismo funcione y respecto de los cuales tiene un contacto ocasional.

La jurisprudencia ha ido delimitando la noción de “perito” a la que rodea una cierta dosis de subjetividad, aclarando que debe entenderse “*no en el sentido de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales*”<sup>1137</sup>.

---

<sup>1136</sup> Se ve muy claro en la SAP Córdoba de 3 de julio de 2000 [AC\2000\2511], SAP Barcelona de 31 de marzo de 2008 [JUR\2008\172061]: “*En todo caso, el carácter oculto debe ser considerado en relación con el comprador, no con el vendedor, cuya convicción, a estos efectos, se considera irrelevante. Y ello, claro está, sin perjuicio de que la mala fe del vendedor en que cristaliza su conocimiento de los defectos ocultos de la cosa vendida, puede dar lugar a distintos efectos jurídicos que irían, desde la agravación de la responsabilidad por vicios ocultos –que impediría la validez de la estipulación de exención de responsabilidad del vendedor, a tenor del precepto 1485-2 Cc-, o la adición de una indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 1486 Cc, párrafo 2º) hasta la posibilidad de reclamar del vendedor la nulidad del contrato de compraventa fundada en el dolo civil del mismo*”.

<sup>1137</sup> En contratos en los que no eran empresarios los dos contratantes, se ha considerado perito al comprador de una vivienda por trabajar en la construcción como peón de albañil, con lo que no se le puede negar que posee cierta experiencia en la materia (SAP Huesca de 3 de abril de 2009 [JUR\2009\220906]); al comprador de otra vivienda que conocía la construcción ya que por su profesión realizaba valoraciones de inmuebles y cuyo padre era albañil (SAP Tarragona de 15 de octubre de 2005 [JUR\2005\8291]); al comprador de un vehículo, mecánico de profesión y con posibilidades de realizar al bien una revisión a fondo (SAP Valencia de

Respecto del vendedor –y aunque, repetimos, solo es relevante a los efectos de cláusulas de exoneración y agravación de la responsabilidad el conocimiento de los vicios ocultos-, está claro que a la hora de demostrar esa mala fe del vendedor, será más sencillo si nos encontramos con un sujeto que tiene un contacto continuo con la mercancía entregada y al que, por lo tanto, se le presume un alto nivel de conocimiento para poder descubrir los defectos no visibles.

Puestas así las cosas, se puede cerrar este epígrafe afirmando la naturaleza dispositiva en contratos entre empresarios del régimen que nos ocupa pero erigiendo la mala fe como límite. Así lo subraya la SAP Barcelona de 31 de marzo de 2004 [JUR\2004\154497] al apuntar que *“las normas de saneamiento por vicios ocultos cuando nos hallamos en una relación contractual entre comerciales son también de libre disposición salvo caso de dolo [...] (art. 354 Ccom en relación con el art. 1485 Cc)”*.

Nos permite esta sentencia enlazar con otra figura relevante e íntimamente vinculada con pactos de modificación de la responsabilidad, como es el pacto de una garantía independiente o adicional al régimen del Código civil<sup>1138</sup>. El surgimiento, ya de estas garantías adicionales en general, ya de las llamadas cláusulas de garantía de buen funcionamiento -en las que se asegura, no solo la ausencia de defectos ocultos de la cosa vendida sino también su buen funcionamiento durante un período de tiempo<sup>1139</sup> y que, en principio, no implican la exclusión de la obligación legal de saneamiento<sup>1140</sup>-, es una circunstancia normal derivada del margen de maniobra que tienen las partes para diseñar el sistema de garantía y de los plazos tan breves que otorga el legislador y que pueden resultar a todas luces insuficientes cuando el producto que se compra es de una cierta complejidad técnica o se trata de un bien de carácter duradero, cuyos vicios ocultos pueden no hacerse aparentes hasta que haya transcurrido el

---

22 de julio de 2011 [JUR\2011\394743]); al comprador de una vivienda que se dedicaba a la rehabilitación de viviendas (SAP Barcelona de 8 de julio de 2002 [JUR\2002\270526]). El carácter eminentemente dispositivo de la normativa se convierte en imperativo al prohibir el artículo 86.1 TR la modificación en perjuicio del consumidor o usuario de la normativa sobre conformidad o que se limiten sus derechos por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

<sup>1138</sup> “[...] [S]i las reparaciones de los objetos se realizaron en el marco del pacto de garantía establecido entre las partes, superior de otra parte a la legal (30 días o 6 meses), habrá que convenir en que son de aplicación todos los pactos que comprenden la misma, entre ellos, el de garantía se haría efectivo en el domicilio del vendedor con los portes a cargo del comprador, disposición, por otra parte, que se aviene a lo previsto en el propio contrato verbal en el que se facturan las mercancías a portes debidos. Resulta así indiferente que el transporte no proviniese directamente de los locales de la demandada por haberse observado los defectos una vez los objetos se encontraban en poder del cliente ya que en la garantía se excluye todo tipo de portes al tener que entregarse los objetos sin cargo en el domicilio del vendedor”.

<sup>1139</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VERGEZ, M., “El contrato de compraventa...”, op. cit., p. 106.

<sup>1140</sup> PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario...”, op. cit., p. 1746.



plazo legal. De este modo, se entiende que prevalece la garantía pactada por las partes, de mayor plazo que el señalado por el artículo 342 Ccom, en un contrato de suministro de suelo de caucho frente a la rotura y desgaste prematuro del mismo (STS 29 de marzo de 1995 [RJ\2005\2332]). Por otra parte, en un contrato por el que se acuerda la construcción de un buque pesquero, se incluye una cláusula garantizando la embarcación por el plazo de un año a contar desde la entrega y el plazo que den las casas suministradoras respecto de los accesorios. De ahí que, como resulta de una serie de desperfectos en la embarcación, afirme el Tribunal Supremo (sentencia de 8 de febrero de 2002 [RJ\2002\2240]) que “*establecido por las partes un plazo de garantía de un año, resulta superfluo discutir si debe aplicarse el régimen de saneamiento del Código de Comercio (art. 342) o el del Código Civil (arts. 1484 y 1490), de conformidad con lo establecido en el art. 1255 CC y jurisprudencia de esta Sala*”<sup>1141</sup>.

Por último, es de señalar que la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos está en la misma línea que lo hasta ahora dispuesto. Este texto adopta el régimen de la falta de conformidad en lugar del régimen de saneamiento por vicios ocultos aunque manteniendo el límite recogido en el segundo párrafo del artículo 1.485 Cc: el comprador, según el artículo 1.489, debe comunicar la falta de conformidad de la cosa al vendedor en un plazo razonable si quiere mantener sus acciones por falta de conformidad, salvo que el vendedor conociere o no hubiere podido ignorar la falta de conformidad, en cuyo caso, “*el comprador conservará todos los derechos que le correspondan*”. Pero lo que más nos interesa es cómo en el artículo 1.262 del mismo texto se recoge como cláusula abusiva para todo adherente –también empresario– aquella que excluya o limite la responsabilidad por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso del predisponente en caso de dolo o culpa grave.

### 3.1. La exoneración de responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de *leasing*

Para terminar de perfilar la modificabilidad del régimen de responsabilidad por vicios ocultos, abrimos un pequeño inciso dedicado a un contrato al que ya hemos hecho alusión en diversas ocasiones en el trabajo: el *leasing* o arrendamiento financiero. Como ya se apuntó en su momento, se trata de un contrato en el que es habitual incluir cláusulas de

---

<sup>1141</sup> El Anteproyecto del Código mercantil recoge esta situación en su artículo 511-9.2 al señalar que el vendedor también responderá “*de las faltas de conformidad que [...] siendo posteriores [al momento de celebración del contrato], se deban, bien a un incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, bien al incumplimiento de cualquier obligación que haya asumido tendente a garantizar que el bien será apto para su uso ordinario o para uno especial*”.

exoneración de responsabilidad por vicios ocultos de los bienes o por problemas de evicción con los mismos. Parece que este tipo de disposiciones pueden tener su apoyo en la propia configuración de la operación de *leasing*, en la que el usuario es el que determina las características del bien y es, por tanto, el que tiene una mejor capacidad técnica para reconocer el mismo. No en vano, la sociedad financiera se limita a adquirir el bien que le ha señalado el usuario –que incluso puede haber seleccionado el distribuidor concreto–, bien que normalmente es entregado de forma directa por parte del fabricante al usuario sin que la entidad financiadora tenga ningún contacto con él. De esta suerte, en la sentencia de la AP de Madrid de 26 de junio de 2007 [AC\2007\1894], precisamente deriva el órgano jurisdiccional efectos de la elección de la mercancía por la arrendataria no hacia la no responsabilidad por la entrega sino hacia la no responsabilidad por defectos derivados de su funcionamiento (siempre que se cumplan una serie de requisitos, que veremos a continuación)<sup>1142</sup>.

Ahora bien, con independencia de esta implicación directa del usuario con la selección de la cosa, si surgieran problemas de vicios que disminuyeran su valor o lo hicieran inservible para su uso o si el usuario fuera privado de ella, el arrendatario se encontraría en una situación de indefensión si la sociedad de *leasing* hubiera incluido una cláusula de exoneración de responsabilidad en el contrato: no podría dirigirse contra la sociedad financiera pero tampoco contra el distribuidor, ante la inexistencia de relación contractual entre ambos. Así lo expone el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de mayo de 1999 [RJ\1999\3927] afirmando que “*la tesis jurídica que se mantiene por la sentencia impugnada [la posibilidad de exoneración de toda responsabilidad por la compra, sin que exista subrogación] conduce a la más absoluta indefensión y propicia toda suerte de fraudes y abusos contra el usuario pues, efectivamente, de los tres sujetos básicos que intervienen en la operación económica de leasing (vendedor; comprador y arrendador financiero de la cosa comprada y usuario, optante, finalmente, a la compra de la cosa en uso), la exoneración de responsabilidad del segundo respecto del tercero, sin otorgamiento de medios defensivos al tercero contra el primero, en cuanto a la idoneidad de la cosa entregada, conduciría a una intolerable indemnidad del vendedor y a un desamparo odioso del usuario*”.

---

<sup>1142</sup> Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Leasing (Dº Mercantil)”..., op. cit., p. 3918, en este caso, la actuación de la sociedad de *leasing* se limita a la celebración del contrato para evitar que la posición del usuario sea mejor que si la operación se hubiera realizado a través de un préstamo. En esa opinión, entendemos, tiene relevancia el hecho de que previamente el autor haya calificado el *leasing* como un contrato mixto con elementos fundamentalmente traídos del mandato y del préstamo (p. 3917).

Es por ello que el elemento que consigue la adecuación de este tipo de cláusulas con el Ordenamiento jurídico es la incorporación de una cesión de acciones de tal forma que el usuario se subroga en la posición de la sociedad de *leasing*, en cuanto parte compradora del bien. Así lo afirma la jurisprudencia mayoritaria<sup>1143</sup> y la doctrina, por ejemplo, CABANILLAS y ALFARO, exponiendo el primero que “*esta cláusula es válida, en la medida en que se permita al usuario subrogarse en la posición de la sociedad de leasing para dirigirse directamente contra el suministrador, siempre que la sociedad de leasing ignore la existencia de los vicios en el momento en que se celebró el contrato de arrendamiento financiero*”<sup>1144</sup>. Se introduce, de esta manera, la idea de la mala fe del artículo 1.485 II Cc como límite para la exoneración de responsabilidad por vicios ocultos o evicción y que, como norma imperativa que es, también tiene que ser tenida en cuenta en este tipo de operaciones. Salvando estos casos, parece que, dada la estructura del contrato, o más bien, su propósito, que no es sino financiero, entra dentro de lo razonable que la entidad que se ha limitado a adquirir el bien que le ha señalado el usuario pueda trasladar los riesgos que, como arrendadora, tendría en principio que asumir. El desequilibrio en perjuicio del usuario que esta exoneración de responsabilidad implica, se ve compensado con la transmisión de acciones a su favor.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2003 [RJ\2003\2452], al hilo de un contrato de *leasing* respecto de una máquina impresora industrial, se entiende como lícita (se ha “*permitido por la jurisprudencia*”) la cláusula por la que se subroga al arrendatario usuario en los derechos del comprador para hacerlos efectivos frente al vendedor en el caso de que exista esta cláusula que exime al arrendador de la responsabilidad del adecuado

<sup>1143</sup> Sin perjuicio de las resoluciones al respecto que se expondrán en líneas sucesivas, citar a modo de ejemplo la SAP de Islas Baleares de 3 de abril de 1998 [AC\1998\848], que se hace eco de cómo se ha considerado esta subrogación, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (“*en particular los tribunales alemanes e italianos*”, dice) como un requisito esencial para declarar la validez y eficacia de la cláusula exonerativa de responsabilidad.

<sup>1144</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La naturaleza del “leasing”...”, op. cit., pp. 98 - 99; “La configuración del arrendamiento financiero...”, op. cit., p. 1007; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Leasing (D.º Mercantil)”..., op. cit., p. 3919. En el mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ MARTÍN, M., “Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1995...”, op. cit., pp. 602 – 603, para quien “*resultará fácilmente comprensible el deseo de la entidad de leasing, financiadora de la utilización y compra del bien, de quedar alejada de los posibles problemas que los defectos del bien acarreen. Siempre, claro está, que no haya incurrido en un incumplimiento doloso (art. 1.102 Cc), y se ofrezca como contrapartida la transmisión de acciones*”. Así mismo, DELGADO CORDERO, A. M., “Contrato de leasing...”, op. cit., pp. 181 – 182. Manifestando su contrariedad ante la subrogación en las acciones de la sociedad de leasing como medida de protección del usuario, MARTÍN CASALS, M.; RUDA GONZÁLEZ, A., “Comentario a la STS de 26 de noviembre...”, op. cit., pp. 849 – 851. Los autores hacen referencia a los problemas que pueden derivarse del uso en este contexto de las cláusulas de exoneración de la sociedad de *leasing* y que pueden llegar a distorsionar la estructura del contrato, como el hecho de que el usuario pueda resolver un contrato en el que no ha sido parte.

funcionamiento de la máquina (*“solo en este caso, y para que la cláusula no sea considerada como abusiva”*)<sup>1145</sup>.

El mismo órgano jurisdiccional, en su sentencia de 25 de enero de 2001 [RJ\2001\1001], que ya tuvimos ocasión de estudiar en el apartado relativo a los problemas en la entrega de la cosa en los contratos de *leasing*, dispone que para determinar las consecuencias de la subrogación que la arrendadora incluye a favor del arrendatario respecto de cuantos derechos y acciones le correspondan frente a su proveedor, así como la correlativa liberación de la entidad financiera por las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes, *“la cláusula ha de interpretarse desde la exoneración que se concede a la financiera acerca de la materialidad funcional de la maquinaria pero para nada se refiere a los títulos justificativos de la adquisición, porque ésta es la relación que afecta a quien arrienda y prevé que ha de terminar vendiendo y a quien recibe ese uso conducente a la consolidación de un dominio como causa de la celebración del contrato”*. Establece, así, una distinción entre ambas situaciones, delimitando el ámbito de la cláusula que nos ocupa a lo que afecte *“solo a la idoneidad material del bien que es su objeto y del que en el contrato se titula propietario sin designación de quien se los transmitió”*<sup>1146</sup>.

Se acepta también una cláusula de esta naturaleza en la sentencia de la AP de León de 13 de octubre de 2011 [JUR\2001\391929]<sup>1147</sup>, declarándose en este caso la existencia de un verdadero incumplimiento por inhabilidad del objeto adquirido (un equipo de radiofrecuencia y vacumterapia para un negocio de belleza y estética que había presentado graves problemas desde el inicio, funcionando de manera aleatoria y con graves riesgos para la salud de los clientes) y, por ende, la posibilidad de que la parte arrendataria pudiera ejercitar las acciones correspondientes frente al fabricante. Así se disponía en la cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad financiadora, que incluía la subrogación de las acciones a favor del usuario. La resolución del contrato de compraventa provoca que la arrendataria financiera deba devolver los bienes litigiosos objeto de arrendamiento a la arrendadora financiera para

---

<sup>1145</sup> En el supuesto de hecho, la arrendadora vendedora adeudaba a la parte suministradora 26.600.000 pesetas. El órgano jurisdiccional, aclara que en ningún caso se confunden ni entrelazan las relaciones entre el contrato de compraventa y el posterior de cesión de uso, teniendo efecto la subrogación de acciones del comprador arrendador a favor del arrendatario solo para el supuesto de mal funcionamiento de la máquina dada en arrendamiento, pero no implica que este último asuma para los demás supuestos la condición de comprador y que le pueda ser exigido el pago del precio del negocio anterior ya que en virtud del contrato de *leasing* su obligación como arrendatario es la del pago de rentas en los períodos fijados en el contrato de *leasing*.

<sup>1146</sup> Hay que recordar que el demandante pretendía la nulidad del contrato de *leasing* por falta de entrega de la documentación accesoria a la máquina sin la cual no podía beneficiarse del uso, nulidad que es estimada por el Tribunal Supremo.

<sup>1147</sup> También se admite como válida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999 [RJ\1999\13927] y de 23 de diciembre de 1999 [RJ\1999\9360] así como en las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de noviembre de 1993 [AC\1993\2232] y de Barcelona de 15 de octubre de 2012 [AC\2013\561].

que ésta, a su vez, los devuelva a la proveedora. Por otra parte, la arrendadora deberá restituir al usuario las rentas mensuales que ya le había cobrado por dicho arrendamiento.

#### 4. El artículo 1.176 del Código civil y la facultad de consignación

Cambiando radicalmente de asunto, los artículos 1.176 a 1.181 Cc son los encargados de regular el ofrecimiento de pago y consignación, dos figuras íntimamente vinculadas entre sí, siendo la primera, en general, presupuesto de la segunda. La consignación no es sino un medio liberatorio de la obligación para el deudor cuando el acreedor se niega injustamente (“*sin razón*”, reza el artículo 1.176) a recibir la prestación debida o bien existen ciertas circunstancias no imputables al deudor y que impiden el pago. Este procedimiento de liberación se inicia con un ofrecimiento de pago por parte del deudor, necesario salvo en determinados supuestos (artículo 1.176.II Código civil) para poder realizar la consignación o depósito de la cosa en sí misma. Tras un previo anuncio a las personas que pudieran tener un razonable interés en el cumplimiento de la obligación, la consignación “*se hará depositando las cosas debidas a disposición de la Autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás*”, según dispone el artículo 1.178 Código civil, siendo preceptiva, en último lugar, una notificación a los interesados. Hasta que recaiga sentencia judicial aceptando como válida la consignación o se produzca la aceptación del acreedor no se producen los efectos liberatorios y, por tanto, el deudor puede retirar la cosa o cantidad consignada, “*dejando subsistente la obligación*” (artículo 1.180 Código civil)<sup>1148</sup>.

El fundamento de la inclusión en el ordenamiento jurídico de una figura como la consignación se ha asentado sobre la existencia de un legítimo interés del deudor a liberarse de su obligación. Como pone de manifiesto CANO, a pesar de la posición de preeminencia que ostenta el acreedor frente al deudor en la relación, este último tiene unos intereses dignos de protección que actuarían como límites a la diferencia de posición de ambos

<sup>1148</sup> Respecto a la definición y procedimiento de la consignación, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 1176 a 1181”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 248 y ss.; CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., “Notas para un concepto de la consignación”, *Cuaderno de Estudios Empresariales*, 1997, núm. 7, pp. 27 y ss.; CANO HURTADO, M. D., *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 195 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 1176 a 1181...”, op. cit., pp. 1409 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, vol. II, op. cit., pp. 183 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 450 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 606 y ss.; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 914 y ss., 920 – 921.

Destacamos el análisis de los antecedentes históricos y legislativos de la figura así como el estudio del Derecho comparado en la materia por parte de CANO HURTADO, M. D., *La consignación...*, op. cit., pp. 25 y ss. y 59 y ss., respectivamente.

sujetos<sup>1149</sup>. Aunque la autora descarta la existencia de un verdadero derecho a la liberación de la obligación del que sería titular el deudor<sup>1150</sup>, esto no obsta a reconocerle en este sentido un interés tutelable por el Ordenamiento jurídico, manifestación del principio general del *favor debitoris*. Lo contrario, sería tanto como permitir que el acreedor pudiera dejar vinculado al deudor a la relación obligatoria de forma indefinida y a su antojo<sup>1151</sup>.

No parece extraño, con este fundamento, atribuirle carácter imperativo al artículo 1.176<sup>1152</sup>. Carácter que convertiría en nula una cláusula que suprimiera la posibilidad del deudor de liberarse de su obligación mediante el ofrecimiento de pago y la posterior consignación de la cosa debida. Esto, en cualquier contrato –negociado o no-. Cabe preguntarse qué pasaría en el supuesto de cláusulas que no eliminaran directamente la figura pero que la restringieran, bien limitando supuestos o facultades, bien incluyendo requisitos adicionales a los regulados por el legislador. El artículo 86.4 TRLGDCU resulta meridiano en este sentido: se considera cláusula abusiva aquella que prive o restrinja al consumidor y usuario las facultades de compensación de créditos, retención o consignación<sup>1153</sup>. A falta de una norma similar vigente en contratación entre empresarios mediante condiciones generales, consideramos que cualquier pacto que afectara a la configuración del mecanismo de consignación en sentido restrictivo podría ser susceptible de ser contrario a Derecho, máxime cuando el deudor está en una posición todavía más débil precisamente por su condición de adherente. Así las cosas, parece razonable garantizar con especial celo al deudor la posibilidad reconocida por Ley de liberarse de la obligación ante una negativa del acreedor-predisponente injustificada. Como se ha apuntado con anterioridad, lo contrario sería hacer depender la existencia y duración de la relación obligatoria de la voluntad de la parte que ha determinado unilateralmente el régimen de la misma.

---

<sup>1149</sup> CANO HURTADO, M. D., *La consignación...*, op. cit., pp. 145 – 146.

<sup>1150</sup> Esta tesis es sostenida por alguna doctrina extranjera, cuyo máximo exponente sería FALZEA y para cuyo estudio nos remitimos a CANO HURTADO, M. D., *La consignación...*, op. cit., pp. 147 y ss. Los argumentos que sostiene la autora para negar la existencia de tal derecho son, principalmente, tres: el absurdo de dar preeminencia a la posición del deudor respecto de la del acreedor en la relación; la posibilidad de que el acreedor condone la deuda incluso con oposición del deudor (luego éste no tiene derecho al cumplimiento); el hecho de que un tercero pueda pagar sin consentimiento del deudor.

<sup>1151</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 154 – 158. Aludiendo, así mismo, al legítimo interés del deudor de verse liberado de su obligación, CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., “Notas para un concepto...”, op. cit., p. 28. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor...*, op. cit., pp. 72 y ss. profundiza en la carga del acreedor de facilitar la liberación del deudor, carga cuya inobservancia da lugar a la *mora creditoris*.

<sup>1152</sup> RECALDE CASTELLS, A., “Comentario a la Disposición Adicional I, seis, I, 11ª”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 1166.

<sup>1153</sup> QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la Disposición Adicional, II, 11ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 1036 – 1038; RECALDE CASTELLS, A., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., p. 1166.

Es revelador, en este sentido, que la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos incluya de forma expresa como uno de los supuestos de cláusulas abusivas aquellas que “*excluyan o limiten al adherente la facultad de consignación en los supuestos y con los requisitos establecidos en la ley*” (artículo 1.262.3.f))<sup>1154</sup>.

Ejemplos de cláusulas de las que se puede valer el predisponente suponiendo un abuso para el deudor, podrían ser las relacionadas con los requisitos formales del procedimiento de consignación<sup>1155</sup>. Por ejemplo, se ha entendido que el ofrecimiento de pago previo al depósito de la cosa debida no está sujeto a formalidad alguna –sin perjuicio de que al deudor le corresponda la carga de probar que efectivamente se ha producido dicho ofrecimiento-<sup>1156</sup>, con lo que sería sospechoso que se exigiera al deudor un medio concreto para realizarlo. El propio ofrecimiento no es obligatorio en todos los casos en la medida en que el apartado segundo del artículo 1.176 Código civil hace referencia a una serie de supuestos en los que, por la dificultad que revestiría el ofrecimiento para el deudor, se otorga a la consignación efectos liberatorios por sí sola. Una cláusula que obligara al deudor a realizar el ofrecimiento de pago previo también en estos casos, limitaría gravemente su posibilidad de liberarse de la obligación<sup>1157</sup>. Cláusulas que modificaran el aviso previo a la consignación a todos los sujetos interesados en el pago o la notificación posterior a la misma (artículos 1.177 y 1.178 Código civil, respectivamente)<sup>1158</sup>, aquellas que suprimieran el derecho del deudor a retirar el bien debido antes de la aceptación del acreedor o resolución judicial declarando la procedencia de la consignación (derecho

<sup>1154</sup> Asimismo, y aunque solo quede apuntado, la Propuesta para la Modernización realiza algunos cambios en la regulación de la figura en los artículos 1.170 a 1.175: se incluye expresamente la mención en el ofrecimiento de pago a un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación; se abren las posibilidades de consignación, no siendo la judicial la única sino que también podrá llevarse a cabo ante Notario, detallando el procedimiento.

<sup>1155</sup> Aunque en relación con contratos de consumo, QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., pp. 1037 – 1038; RECALDE CASTELLS, A., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., p. 1166.

<sup>1156</sup> Entre otros, DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 607; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, op. cit., p. 450 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 1176 a 1181...”, op. cit., p. 248; CANO HURTADO, M. D., *La consignación...*, op. cit., p. 204; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, op. cit., p. 450 y ss. Como afirma CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., “Notas para un concepto...”, op. cit., p. 38, “*hay que tener siempre en cuenta que el ofrecimiento de pago no es causa de extinción de la obligación a consignar, y que por este motivo no debemos cargar de formalismos “extra ordinem positivum” a un acto cuyos efectos primordiales sustantivos hacen referencia a la constitución en mora del acreedor y a la eliminación de la mora del deudor*”.

<sup>1157</sup> Artículo 1.176, párrafo 2º: “*La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación*”.

<sup>1158</sup> Estas cláusulas serían perjudiciales para el adherente en el caso de que fuera, no el deudor, sino el acreedor.

recogido en el artículo 1.180 Cc<sup>1159</sup>), o las que hicieran correr a cuenta del adherente-deudor los gastos de la consignación, supondrían también un abuso. Respecto de este último supuesto, el artículo 1.179 Cc, es claro en la atribución de los gastos al acreedor cuando la consignación fuera procedente, configuración que tiene su sentido si tenemos en cuenta que el deudor se ha visto obligado a seguir este proceso por una negativa injustificada del acreedor a cooperar en el cumplimiento de la obligación<sup>1160</sup>.

## **5. La interpretación *contra proferentem* contenida en el artículo 1.288 del Código civil**

El artículo 1.288 Cc, que previene de situaciones en las que una cláusula oscura pueda favorecer a la parte que hubiera ocasionado tal oscuridad como una de las reglas de interpretación contractual, ya es conocido por nosotros al haberlo tratado conjuntamente con los criterios de interpretación de los contratos mediante condiciones generales en el Capítulo III de la Primera parte<sup>1161</sup>. En efecto, el artículo 6.2 LCGC recoge un precepto prácticamente idéntico al referido del Código civil, al hilo del cual tuvimos ocasión de abordar la amplia jurisprudencia existente acerca de la regla de interpretación *contra proferentem*, al cual nos remitimos.

Tras lo dicho, solo cabe recordar aquí que no es desdeñable el número de resoluciones que han tomado tradicionalmente el artículo 1.288 Código civil como pieza clave para contestar cláusulas insertas en contratos de adhesión con las que, mediante una redacción poco clara, el predisponente pretendía beneficiarse a costa del contratante débil. El mecanismo puede no tener tanta trascendencia en las relaciones de consumo, que gozan de protección *ad hoc*, pero cobra una especial proyección en la contratación mercantil mediante condiciones generales. El recurso a la interpretación en contra de la parte que generó la oscuridad en la cláusula no presentaría mayores problemas si no fuera porque la jurisprudencia se ha servido en ocasiones de este principio hermenéutico para desarrollar un verdadero control de contenido encubierto alrededor del mismo. Control que, si bien hemos calificado

---

<sup>1159</sup> Como afirma DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op cit., p. 610, en la fase anterior a la aceptación del acreedor o la declaración judicial, la consignación es puramente un depósito, pudiendo el deudor retirar libremente la cosa debida. De igual modo, para CANO HURTADO, M. D., *La consignación...*, op. cit., p. 348 y ss., el derecho a retirar se explica porque el acreedor no ha adquirido ningún derecho sobre lo depositado y, por tanto, el deudor sigue siendo su propietario.

<sup>1160</sup> CANO HURTADO, M. D., *La consignación...*, op. cit., pp. 356 – 358, suscribe la sintonía de la norma con el fundamento de la consignación pues la misma será procedente cuando, bien el acreedor la aceptó, bien ha sido declarada como tal judicialmente: “*se pone de manifiesto que la razón estaba del lado del deudor y que el pago no pudo ser desarrollado con normalidad por alguna causa a él no imputable*”:

<sup>1161</sup> *Vide supra* Primera parte. Capítulo III. II. 2.



siempre de necesario, debería efectuarse con apoyo en normas apropiadas y no en otras – como el artículo 1.288- que no tienen como finalidad la declaración de invalidez de una cláusula sino que están ubicadas en sede de interpretación, con las limitaciones que esto conlleva.

## 6. El artículo 1.154 del Código civil y la moderación de la cláusula penal

La cláusula penal se concibe como una garantía de la obligación en virtud de la cual, en palabras de DÍEZ – PICAZO, “*el deudor se compromete a satisfacer [una prestación] al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal*”<sup>1162</sup>. Esta figura jurídica, de gran importancia en la actualidad negocial<sup>1163</sup>, aparece regulada en el Código civil en los artículos 1.152 a 1.155 (“*De las obligaciones con cláusula penal*”), dentro los cuales nos interesa, en este punto, la alusión a la moderación de la cláusula penal contenida en el 1.154. Este precepto dispone que “*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”. Y nos interesa porque partimos de que puede darse el caso de que en un contrato de adhesión entre empresarios el predisponente, abusando de una posición de superioridad, imponga al adherente una cláusula penal desproporcionada en caso de incumplimiento. Ante una situación así, cabe analizar qué posibilidades hay, en su caso, de control de estos abusos y si el art. 1154 Cc es una de ellas.

Con carácter previo a entrar en el análisis de este artículo, debemos hacer una serie de precisiones. Tradicionalmente la doctrina ha catalogado las cláusulas penales en diversas categorías según la función y los efectos que desempeñaran, entre las que señalaremos las

<sup>1162</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., vol. II, p. 457. Elabora también una definición, entre otros, DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula penal...*, op. cit, p. 32, así como DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal*, Reus, Madrid, 2011, p.59, en su monografía dedicada a esta figura, apuntando la necesidad de una definición genérica para que quepan todas las funciones de la cláusula penal, definición que podría ser “*obligación accesoria que solamente será eficaz cuando se dé el tipo acordado de incumplimiento de la obligación principal y, cuyo objeto es una prestación que satisfaga el interés del acreedor en el modo y medida prefijados por las partes*”.

<sup>1163</sup> “*Cada vez es más frecuente la incorporación en los contratos de obra de cláusulas penales*”, sostiene MARTÍNEZ MAS, F., *La cláusula penal en el contrato de obra*, Escuela de Negocios Dar, Madrid, 2005, p. 85. Con más detalle respecto del contrato de *leasing*, UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., aborda los distintos tipos de cláusulas penales que son usuales en los contratos de *leasing*, bien añadidas a cláusulas de vencimiento anticipado, bien a cláusulas de resolución. Es habitual, así, que las sociedades de *leasing* establezcan en las condiciones generales del contrato una serie de pactos junto con el de vencimiento anticipado del mismo, como el abono de los intereses no devengados correspondientes a las cuotas de amortización pendientes de vencimiento, el de los intereses de demora correspondientes a las cuotas vencidas y no satisfechas o el pacto de abono de la opción de compra (pp. 38 a 56). Por su parte, modalidades de cláusulas penales añadidas al pacto resolutorio serían, siguiendo a la autora, el pacto mediante el cual se retienen las cuotas de amortización entregadas, se abonan determinadas cuotas pendientes de vencimiento o la conocida como pena moratoria (pp. 72 a 89).

cláusulas penales sustitutas o indemnizatorias y las punitivas. La función de las primeras es la pre-estimación y liquidación anticipadas de la indemnización de daños y perjuicios, liberando al acreedor de tener que probar y calcular el daño real sufrido una vez que se produce el incumplimiento. Esta es la regla general en virtud del art. 1152.1 Cc y por lo tanto la función que, a falta de pacto, cumple una cláusula penal. Pero las partes también pueden atribuirle un carácter punitivo a la cláusula penal, bien aumentando notablemente la cantidad fijada como indemnización por encima de los daños que se pueden producir; bien acordando la obligación del deudor de cumplir con la cláusula penal y, además, la indemnización de los daños y perjuicios (pena cumulativa, si existe pacto en ese sentido, en virtud del art. 1152 Cc, *a sensu contrario*); bien acordando que el acreedor pueda exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena (si existe pacto, según el art. 1153 Cc *in fine*). Estas cláusulas desempeñan una función esencialmente coactiva, que busca presionar al deudor para que cumpla<sup>1164</sup>. En ambos supuestos, a nuestro juicio, pueden darse abusos por parte del prediponente mediante la imposición de una cláusula penal exorbitante que mereciera ser controlada. Eso sí, con unos matices distintos en cada caso. En las cláusulas penales propiamente indemnizatorias, al pretender ser un sustituto de la indemnización de daños y perjuicios y aunque siempre se tenderá a que la pena sea mayor que los daños previsibles (para evitar que al deudor le salga a cuenta no cumplir con su obligación y pagar, en su lugar, la cláusula penal), estos daños previsibles son un buen criterio para valorar la excesividad de la cláusula. Sin embargo, en el caso de las cláusulas penales punitivas, son necesarias algunas consideraciones añadidas. Por eso, y salvo mención en contra, nos centraremos en este trabajo en lo relativo al régimen de las cláusulas penales sustitutivas y solo al final nos referiremos a las cláusulas penales puramente punitivas.

Por otro lado, partiendo de un criterio distinto y dado que también tendrá relevancia a lo largo del epígrafe, nos interesa asimismo dejar apuntado que la cláusula penal se puede prever para un incumplimiento total de la obligación o bien para un incumplimiento parcial, como podría ser el retraso (penas moratorias) o el cumplimiento defectuoso. En este segundo caso, el del incumplimiento parcial, hay que tener claro que la *parcialidad* se predica respecto de la prestación de la obligación principal -de la que la cláusula penal es accesoria- pero no así respecto de la propia cláusula penal, dado que el supuesto de hecho contemplado para que el acreedor pueda exigir dicha pena es, precisamente, ese incumplimiento parcial.

---

<sup>1164</sup> Acerca las funciones y modalidades de las cláusulas penales, entre otros, vide DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 464; DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación...*, op. cit., pp. 54 y ss.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Sobre la cláusula penal...”, op. cit., pp. 527 y ss.; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La función...*, op. cit., pp. 23 a 30; CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., p. 1024; DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal...*, op. cit., pp. 68 – 69; FELIU REY, J., “Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, fasc. I, 2014, pp. 176 y ss.

Volviendo al texto principal, el art. 1154 Cc, recordamos, permite al Juez moderar la cláusula penal en casos de cumplimiento parcial de la obligación. Por su parte, el Código de comercio no recoge una disposición similar en su articulado puesto que el único artículo que regula la cláusula penal -artículo 56- tan solo establece que “*en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario*”. La diferencia del régimen legal que establece el artículo 56 Ccom para los contratos mercantiles con cláusula penal respecto del existente en el texto civil para las obligaciones con cláusula penal<sup>1165</sup> y, en concreto, la ausencia de referencia a la moderación de la misma en la norma mercantil, no es un obstáculo para la extensión de lo que en este apartado se diga a los contratos entre empresarios, objeto de nuestro trabajo. El artículo 50 Ccom reenvía a “*las reglas generales del Derecho común*” lo no regulado en las normas mercantiles respecto de “*los requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y a la capacidad de los contratantes*”, de tal forma que el Derecho común sería aplicable en tercer lugar, tras el artículo 56 Ccom (y disposiciones mercantiles concordantes) y los usos normativos mercantiles, pero con preferencia respecto de éstos en lo relativo a los aspectos antes citados<sup>1166</sup>.

Mientras que doctrina y jurisprudencia han estado más o menos de acuerdo en su carácter de mandato imperativo para los tribunales<sup>1167</sup>, no hay tal consenso respecto de los supuestos

<sup>1165</sup> Enumera las diferencias GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Civitas, 1983, pp. 44 y 45.

<sup>1166</sup> GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles...*, op. cit., p. 47. Respecto a la aplicabilidad de lo contenido en el Código civil en relación a la cláusula penal (entre ellos, el artículo 1154) a los contratos mercantiles con cláusula penal ver asimismo URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato mercantil...”, op. cit., p. 44; PEINADO GRACIA, J.L., “Especialidades más relevantes de la contratación mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, p. 257 – 258; ARANA DE LA FUENTE, I., “La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 2009, pp. 1602 – 1603, 1613.

<sup>1167</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios al artículo 1154”, en PAZ-ARES, C.; Díez-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et. al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 160; JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, Civitas, Madrid, 1992, p. 194; RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Sobre la cláusula penal...”, op. cit., p. 581; MAS BADÍA, M.D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 73; SANTOS BRIZ, J., “Comentario al artículo 1154”, en SIERRA GIL, I. (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 297; VIVES MARTÍNEZ, G., *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 175 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 3ª”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 1028; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, op. cit., p. 468; ALBALADEJO, M., *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 13 ed., Edisofer, Madrid, p. 274; ARANA DE LA FUENTE, I., “La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 2009, pp. 1613 –

en los que procede la moderación de la pena convencional por parte del Juez. Parece que de la lectura literal del artículo 1.154 Cc se desprende que es posible la misma cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, sin que pueda ampliarse a más supuestos. Esta postura es la que sostiene la doctrina mayoritaria. Sin embargo, hay ciertos autores que abogan por utilizar el artículo 1.154 Cc como una vía para controlar posibles abusos cometidos mediante cláusulas penales excesivas<sup>1168</sup>. ¿Podría ser, así, la moderación de la pena convencional un mecanismo para la reducción de penas desproporcionadas también cuando el incumplimiento es total?

Esta idea es la que se recomendó en su día en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, y la que recogen los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, la Propuesta del Marco Común de Referencia así como los ordenamientos jurídicos vecinos.

Efectivamente, el artículo 7 de la citada Resolución de 1978 permitía al Juez reducir la pena cuando ésta resultara manifiestamente excesiva<sup>1169</sup> de la misma manera que el artículo 7.4.13(2) de los Principios UNIDROIT dispone que la suma estipulada para el incumplimiento puede reducirse a un monto razonable cuando fuera notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias, incluso “*a pesar de cualquier pacto en contrario*”. De forma muy similar resuelven también los PECL, en su artículo 9:509(2), disponiendo que “*aún cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las*

---

1615. La STS de 4 de mayo de 2011 [RJ\2011\3728] afirma al respecto y con cita de múltiples resoluciones que “*la jurisprudencia ha interpretado literalmente el artículo 1.154 del Código civil en el sentido de que encierra un mandato expreso que el juez ha de cumplir aunque no sea instado a ello por ninguna de las partes*”.

En cuanto a la posibilidad de que las partes excluyan su aplicación mediante pacto, JORDANO FRAGA es de la opinión de que el control judicial *ex* artículo 1.154 no puede ser válidamente excluido por las partes del contrato dado este carácter imperativo del precepto (p. 194) (en el mismo sentido, SANTOS BRIZ, J., “Comentario al artículo 1154...”, *op. cit.*, p. 297) mientras que para DÍAZ ALABART, S., *La cláusula...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss. y ARANA DE LA FUENTE (p. 1615) estaría dentro de la autonomía de la voluntad el hecho de que las partes pudieran determinar que la cuantía de la pena no se redujera en caso de incumplimiento parcial o irregular de la prestación principal, opinión que también había defendido con anterioridad MAS BADÍA, M.D., *La revisión judicial...*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>1168</sup> Una primera visión acerca de las dos posturas, mayoritaria y minoritaria, en CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a la Disposición...”, *op. cit.*, pp. 1028 – 1029.

<sup>1169</sup> Así también su precedente, la Convención del Benelux de 26 de noviembre de 1973, en la que se pretendía unificar en materia de cláusulas penales el Derecho de los países formantes y que ya preveía una habilitación al juez para moderar la pena por razones de equidad. Comenta estas dos convenciones DÍEZ-PICAZO, L., “Cláusula penal y resolución de contrato”, AAVV, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 385 – 389.

demás circunstancias”. Por su parte, análoga solución aporta el DCFR en su artículo 3:712(2)<sup>1170</sup>.

Sólo como referencia, señalar que también apuestan por la reducción de penas convencionales excesivas, incluso en el caso de incumplimiento total, los ordenamientos jurídicos de Francia (artículo 1152.2º Cc<sup>1171</sup>), Portugal (artículo 812 Cc<sup>1172</sup>), Alemania (§ 343 del BGB<sup>1173</sup>), Italia (artículo 1384 Cc<sup>1174</sup>) y Bélgica (artículo 1231 Cc<sup>1175</sup>)<sup>1176</sup>.

Por tanto, no es aislada en el panorama comparado y europeo, la postura de los autores que en España abogan por la posibilidad de controlar los abusos en las cláusulas penales a través de la moderación judicial, aunque como tendremos ocasión de ver, dado el contenido vigente del artículo 1.154 Cc, no parece que sea tan fácil admitir esta opción en nuestro ordenamiento jurídico<sup>1177</sup>.

<sup>1170</sup> III.-3:712: *Stipulated payment for non-performance*: “(2) However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances”.

<sup>1171</sup> Article 1152: “Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite”.

<sup>1172</sup> Artigo 812. Redução equitativa da cláusula penal: “1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo Tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida”.

<sup>1173</sup> §343 BGB dispone que si una cláusula penal es desproporcionadamente alta, será reducida por el juez a una suma adecuada a instancias del deudor. Para valorar lo que es adecuado, debe ser tomado en consideración todo interés legítimo del acreedor, no solo el interés patrimonial (“Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen”).

<sup>1174</sup> Articolo 1384. Riduzione della penale: “La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento (1181, 1526-2, att. 163)”.

<sup>1175</sup> Article 1231: “1er. Le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention. En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale. 2. La peine peut être réduite par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. 3. Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite”.

<sup>1176</sup> Nuestro ordenamiento sería, en palabras de DE CASTRO VÍTORES, G., “Cláusula penal...”, op. cit., p. 564, “como un verso suelto respecto del resto de los ordenamientos y del criterio que se sugiere en los textos preparatorios de un eventual futuro derecho contractual europeo común”.

<sup>1177</sup> Aprovechamos para hacer un inciso en relación a la extensión de lo que en este apartado se exponga acerca de las cláusulas penales (y, en concreto, el aspecto que nos ocupa, la moderación), a una figura que se ha considerado por la doctrina como afín: las arras penales. Dada la similar función que pueden desempeñar ambas, no es muy aventurado afirmar que la facultad de moderación recogida en el artículo 1.154 también le sería de aplicación a las arras penales (siempre supeditado al cumplimiento de los presupuestos que en líneas sucesivas se expondrán). Así lo han manifestado, entre otros, DÍAZ ALABART, S., “Las arras (y II)”, *Revista de Derecho Privado*, febrero 1996, pp. 88 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., pp. 1026 – 1027; VERDERA IZQUIERDO, B., *Los elementos definitorios de las*

### 6.1. Moderación de cláusulas penales sustitutivas exorbitantes

Para JORDANO FRAGA<sup>1178</sup>, siguiendo una interpretación finalista y no literal del precepto que nos ocupa, son claras dos cosas: por una parte, que no en toda hipótesis de incumplimiento parcial o inexacto procede la reducción de la cláusula penal, aún prevista para un incumplimiento total; por otra, y esta es la que nos interesa, que “*en contra de la opinión mayoritaria, cabe la reducción de una cláusula penal prevista para un incumplimiento total del deudor, si éste se produce (y también, claro, la de una prevista para un incumplimiento parcial o inexacto, si éstos se producen en la medida contemplada en la cláusula penal), siempre que con la cuantía del resarcimiento que resulte de la aplicación de la cláusula penal pueda considerarse, por las circunstancias de ese concreto incumplimiento a que se aplica, como desproporcionada o abusiva, a costa del deudor incumplidor*”. El punto de apoyo del autor para llegar a estas conclusiones es la *ratio* de la norma, que va más allá de su letra y trata de corregir todas las cláusulas penales que sean abusivas o desproporcionadas para el deudor incumplidor<sup>1179</sup>. La pieza central de su argumentación es, por tanto, la desproporción resultante de aplicar la pena convencional.

---

*arras en el derecho patrimonial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 214 y ss.; DÍAZ ALABART, S., *La cláusula...*, op. cit., pp. 107 – 109.

Respecto de las arras penitenciales, esto es, aquella entrega que permite a ambos contratantes desligarse del contrato ya perfeccionado (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit. pp. 469 y ss), la doctrina no se ha mostrado tan favorable: DÍAZ ALABART, S., *La cláusula...*, op. cit., p. 109, entiende que será difícil – aunque no imposible – que se dé el requisito del cumplimiento parcial o irregular, mientras que VERDERA IZQUIERDO, B., *Los elementos definitorios...*, op. cit., pp. 217, opina que “*en términos generales se debe sostener que dicha facultad moderadora en el supuesto de un pacto de arras penitenciales no es factible*”. Ahora bien, DÍAZ ALABART señala algún supuesto en el que sí que cabría la moderación por equiparación con la cláusula penal, como aquel en el que la cuantía de las arras penitenciales es tan alta que acaban por desempeñar una función análoga a la de la pena convencional (Las arras (y II)..., op. cit., p. 85). En el mismo sentido, respecto de las arras penitenciales establecidas realmente como penales, CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a la Disposición...”, op. cit., p. 1027, afirma que esta solución evita el fraude de ley que se produciría si la cláusula penitencial, con independencia de lo que aparentara su literalidad, acabara siendo de aplicación no solo en supuestos de desistimiento, sino también de incumplimiento. Por otro lado, también la autora anteriormente citada admite la moderación – aunque con fundamento en el artículo 1.103 del Código civil y no en el 1.154, como veremos – en el caso de que por la variación desmedida del valor de las arras, se genere un desequilibrio para el que tiene que devolverlas o soportar la pérdida o para aquellos casos en los que el desistimiento no es una opción real dado lo excesivo de las arras (Las arras (y II)..., op. cit., p. 89). Por último, parece que por la función de las arras confirmatorias, apartada de la idea de la cláusula penal, carece de sentido la extensión de lo que se disponga acerca del artículo 1.154 para esta última figura. En este sentido, DÍAZ ALABART, S., “Las arras (y II)...”, op. cit., p. 88; *La cláusula...*, op. cit., p. 108; VERDERA IZQUIERDO, B., *Los elementos definitorios...*, op. cit., pp. 217. La primera autora apunta un supuesto de interés para nuestro estudio: el caso de que las arras confirmatorias incluidas en un contrato de adhesión fueran de tal entidad que, sin causa que lo justifique, supusieran un perjuicio claro para el adherente por obligarle a prescindir de dicha cantidad durante un largo periodo de tiempo (p. 88).

<sup>1178</sup> JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento...*, op. cit., p. 200.

<sup>1179</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 199.

A esta idea hace referencia también el profesor RODRÍGUEZ TAPIA<sup>1180</sup> sosteniendo, en sintonía con el anterior autor, que la facultad de moderación judicial es aplicable a supuestos de incumplimiento total ya que el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena es la desproporción. En este sentido señala que el artículo 1.154 Cc no dice que sólo procederá la moderación en los casos de cumplimiento parcial o irregular. Así, “*no impide [...] que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el artículo 1103 del C.c.) en casos distintos de los descritos en esa norma*”.

Aunque, como veremos, la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo mantiene una postura consolidada acerca de la interpretación restrictiva del artículo 1.154 Cc, permitiendo la moderación de la pena convencional tan sólo en los casos de incumplimiento parcial o irregular, debemos hacer mención de algunos pronunciamientos aislados en los que este órgano jurisdiccional, por unos u otros motivos, más allá del incumplimiento parcial o defectuoso, ha reducido la cláusula penal pactada por las partes.

Al hilo de un contrato de obra entre una constructora y la promotora, confirma el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de octubre de 1990 [RJ\1990\7460] la sentencia recurrida y, por tanto, la moderación de la pena convencional que ésta había fijado por retraso en la culminación de las obras. Dice esta sentencia que la suma fijada por la Sala *a quo* en concepto de penalidad por retraso atiende “*exclusivamente al arbitrio moderador que concede al Tribunal el artículo 1.154 del Código civil, mandato para moderar equitativamente la pena, y en cuanto la Ley remite a la equidad es también una facultad de arbitrio respecto de la entidad de la moderación; por eso numerosa jurisprudencia indica que esta facultad no es susceptible de recurso de casación*”.

Del mismo modo, la STS de 2 de diciembre de 1998 [RJ\1998\9612] entiende moderable en virtud del artículo 1.154 Cc la cláusula penal contenida en un contrato de arrendamiento financiero en virtud de la que el arrendatario debía pagar el 50% de las sumas pendientes al vencimiento con exclusión del valor residual, en concepto de restitución anticipada del vehículo. Afirma que “*una vez resuelto, no cabe que el “arrendador”, a posteriori, pretenda resucitar el contrato ya extinguido y exigir una cláusula penal, durísima, con unos criterios, cálculos y cifras que no se conocen*” por lo que “*tan sólo le es legítimo reclamar los pagos de aquellas cuotas mensuales vencidas antes de la resolución, no cabe la reclamación de la cláusula penal consistente en el 50% de las sumas pendientes de vencimiento, ni tampoco la indemnización de 15.000 pesetas diarias por retraso en la devolución del camión*”.

---

<sup>1180</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Sobre la cláusula...”, op. cit., pp. 582 – 584.

Por su parte, la STS de 4 de enero de 2007 [RJ\2007\1101] confirma la moderación de la cláusula penal parte de un contrato de distribución por la que, de no alcanzar la distribuidora una determinada cifra anual de ventas, queda obligada a pagar a la otra parte la cantidad de dinero que faltase para llegar al mínimo establecido, hecho que pasó dos años consecutivos, desembolsando la distribuidora las cantidades correspondientes. Éstas son rebajadas por la Audiencia Provincial, lo que supone la obligación de devolución a la empresa distribuidora del exceso cobrado, es decir, la diferencia entre la cantidad resultante de la cláusula penal sin moderar y la cantidad una vez que la cláusula penal había sufrido la moderación. El TS confirma la moderación de la pena pero no así la restitución puesto que *“aunque encuentre su causa originaria en la previsión moderadora del artículo 1.154 del Código civil, excede del contenido imperativo de dicha norma, de modo que, conforme a las reglas generales, la condena a dar en que la moderación se tradujo no puede ser impuesta sin petición de parte”*.

Revoca la sentencia de la instancia anterior recurrida la resolución del TS 19 de febrero de 2010 [RJ\2010\1786], por considerar que no es nula la cláusula penal por la que el contratista puede retener los pagos correspondientes al industrial si la propiedad no ha pagado al primero las cantidades correspondientes a los trabajos certificados por el industrial<sup>1181</sup>. Confirma, así, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, que había moderado la retención al 25% de la cantidad aplicando por analogía el artículo 1.154 Cc por considerarla abusiva pero, cierto es, apuntando que, dado que esta sentencia *“no fue apelada por la sociedad demandada y al haberse aquietado a su pronunciamiento, esta Sala no puede alterarla y deberá ser confirmada”*<sup>1182</sup>.

---

<sup>1181</sup> Sin perjuicio de la cuestión relativa a la moderación de la cláusula, que se confirma, el Tribunal se pronuncia a favor de esta cláusula que permite al contratista no pagar al industrial o subcontratista por sus trabajos mientras la propiedad no le haya, a su vez, abonado a él las cantidades pactadas por los mismos (y sin que tenga acción directa el industrial o subcontratista contra la propiedad). Es dudosa su naturaleza puesto que, si fuera una cláusula penal en la relación contratista-industrial, debería sancionar un incumplimiento de este último, cuando la realidad es que, si bien el que se ve perjudicado es el industrial, lo es por un incumplimiento de un tercero a él, ajeno a esa concreta relación negocial (la propiedad). El Tribunal argumenta en contra de la nulidad de la cláusula, por no ser contraria al art. 1256 Cc –el pago al industrial no depende del contratista sino de un tercero– y por no poder ser aplicada la normativa de consumo, que es la única que recoge un control de contenido. A nuestro juicio, si esta cláusula está inserta en un contrato predispuesto –no se especifica–, sería contraria a la buena fe del art. 1258 Cc (nos remitimos a la parte final del trabajo para ver el funcionamiento de este control material): al industrial le ha sido impuesta una cláusula por la que, aunque él cumpla con sus obligaciones contractuales, no tendrá su contraprestación mientras un tercero, contra el que no tiene posibilidad de ejercitar ninguna acción, no pague al contratista por, entre otras, sus propios trabajos (los del industrial). El contratista está transmitiendo al industrial el riesgo de impago de un contrato ajeno al él y frente al que no tiene opciones de reclamar.

<sup>1182</sup> La STS de 5 de julio de 2006 [RJ\2006\5388] desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia y que aducía una errónea aplicación del artículo 1.154 Código civil a la cláusula penal incluida en un contrato de arrendamiento de local de negocio. Afirma, por una parte, que la valoración de la posibilidad de aplicar tal moderación es una *“questio facti”* que entra de lleno en las facultades soberanas del tribunal *“a quo”*. Por otra, que *“de entenderse que el precepto del artículo 56 [de la Ley de Arrendamientos Urbanos] establece una “pena ex lege”, como se alega con alusión a la opinión de un sector doctrinal, no cabría*



Junto con esta idea de extensión a más supuestos que el incumplimiento parcial o irregular, recogidos expresamente en el artículo 1.154 Cc, se han apuntado otros caminos para moderar cláusulas penales. Si recordamos la frase que se ha recogido en último término del profesor RODRÍGUEZ TAPIA, relaciona el precepto que nos ocupa con el artículo 1.103 del mismo texto. Esta alusión al artículo 1.103 Cc viene dada por la moderación que también recoge este precepto respecto de la responsabilidad que proceda de negligencia, exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero que “*podrá moderarse por los Tribunales según los casos*”. Esta similitud ha podido llevar a defender su aplicación en el caso de incumplimientos por culpa o negligencia. Así, DÍAZ ALABART relaciona ambos preceptos, 1.154 y 1.103, como casos en los que se pretende aplicar la equidad, lo que da pie para afirmar, respecto del artículo 1.103 y dado que el primero es inaplicable cuando no se produce ningún tipo de cumplimiento, que “*se puede a su tenor moderar una pena sustitutoria de daños y perjuicios, aunque la obligación principal se hubiera incumplido totalmente*”<sup>1183</sup>.

---

*desconocer la operatividad del artículo 1.154 Cc con su efecto de “moderación equitativa” de la indemnización”.*

También parece que modera la cuantía de la cláusula penal la SAP de Segovia de 21 de noviembre de 2011 [JUR\2011\440940] en un contrato de mantenimiento de ascensores en una tienda de venta al público de lámparas. El contrato fija como indemnización en caso de resolución unilateral del mismo una cantidad equivalente a las cuotas pendientes de abonar. Aunque hace alusión el Tribunal a la doctrina jurisprudencial acerca del artículo 1154 Cc y la posibilidad de moderación solo en casos de incumplimiento parcial, dedica un párrafo a argumentar la procedencia de la cuantía de la indemnización que se impondrá: “*En ocasiones, para fijar la cuantía indemnizatoria, en supuestos como los de autos, abundantes en la jurisprudencia menor, se tiene en cuenta el beneficio industrial que la empresa hubiese podido obtener en el plazo no respetado, en porcentajes próximos al 15%, considerando que corresponde a la ganancia dejada de obtener con motivo de la resolución unilateral por ser aquella proporción la que usualmente se utiliza en el ámbito mercantil a la hora de dar presupuestos de diversas actividades*”. Este criterio lo estima razonable en autos “*pues viene a coincidir con otro criterio utilizado que es el importe equivalente al de las cuota por un periodo duplicado del establecido para denunciar el contrato al vencimiento del mismo para que no opere la prórroga*”. No sabemos si la cantidad que surge de esos criterios (en función de un porcentaje de margen empresarial; periodo de preaviso por duplicado) coincide con la que se obtiene de la aplicación de la cláusula penal en el supuesto de hecho (cuotas pendientes de abonar) o bien el órgano jurisdiccional modula la indemnización.

<sup>1183</sup> DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1103”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º, Edersa, Madrid, pp. 566 – 567, 573. La autora, además de la limitación a casos en los que la pena sea sustitutoria de daños y perjuicios, contrasta ambos artículos para señalar también que mientras que el único criterio de moderación admitido en el artículo 1154 es el hecho de haber cumplido en parte, con lo que para aplicarse es indiferente que la conducta que impidió el cumplimiento de la obligación principal haya sido dolosa o culposa, para la aplicación del artículo 1103, se requiere que no haya existido dolo (p. 567). Con posterioridad, en una obra reciente (*La cláusula penal...*, op. cit., pp. 127 y 132 y ss.), DÍAZ ALABART vuelve a incidir sobre la posibilidad de que el artículo 1.103 del Código civil “*correctamente empleado*”, pueda representar una excepción al principio “*pacta sunt servanda*” que hiciera frente a las cláusulas exorbitantes. También analiza la utilización del artículo 1.103 del Código civil como instrumento de moderación DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación...*, op. cit., pp. 466 y ss., subrayando la fuerza expansiva del precepto y su apoyo en la equidad. Se muestra favorable a la aplicación del artículo 1.103 a supuestos de incumplimiento total en el caso de que la pena resulte inequitativa y que sean debidos a mera negligencia: “*con esta interpretación del Derecho español, lo que permite reducir la pena es la diligencia del deudor, su voluntad de cumplir que se ve frustrada por acontecimientos a él imputables pero desde luego no deseados. Parece justo que la pena se*

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha respaldado esta opción, vemos de forma aislada algún ejemplo de resolución en la que sí parece contemplarse, como pone de manifiesto la sentencia de la AP de Madrid, de 19 de enero de 2002 [JUR\2002\72789], que expone con claridad la idea de que, fuera de los supuestos que recoge el artículo 1154 Cc, y aunque no esté previsto específicamente para las cláusulas penales, *“sino como norma general que se dirige a cualquier tipo de obligaciones, también podrá el juez, conforme a un criterio de equidad, moderar, es decir, reducir la cláusula penal, cuando por otras causas resulte excesiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.103 del Código civil”*.

Sin embargo, como decíamos, la moderación de las cláusulas penales por incumplimiento total a través del art. 1103 Cc no ha sido admitida por el Tribunal Supremo<sup>1184</sup>. Argumenta esta postura la sentencia de 23 de octubre de 2012 [RJ\2013\1542]. En un contrato de distribución en exclusiva se incluye una cláusula penal en caso de incumplimiento del pacto de exclusividad (diez veces la facturación anual del distribuidor) que es moderada por la Audiencia Provincial, no en virtud del art. 1154 Cc –porque no se trata de un incumplimiento parcial o defectuoso– sino en aplicación del art. 1103 Cc para los casos de responsabilidad por actuación negligente. Por el contrario, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y declara que no ha lugar a moderación alguna. La *ratio legis* del precepto radica en que si una acción u omisión negligente causa un daño desproporcionado en relación con la propia conducta negligente, no resulta equitativo condenar al causante a reparar la totalidad del daño, pudiendo el juez discrecionalmente moderar la indemnización en atención a las particularidades del caso, incluso en supuestos de incumplimiento total de la obligación.

---

*modere en tal caso”* (pp. 474 – 475). Señalando, por el contrario, un problema para la aplicación de este precepto como cauce para moderar las penas excesivas, MAS BADÍA, M.D., *La revisión judicial...*, op. cit., pp. 229 – 230, quien llama la atención sobre las implicaciones de que las partes hayan pactado una cláusula penal con la voluntad de establecer un sistema de responsabilidad distinto al legal, lo que quizá *“enerve la aplicación de la regla del artículo 1103, como propia precisamente del sistema de responsabilidad legal que se ve sustituido por el convencional”*.

<sup>1184</sup> Algunas sentencias aplican este precepto para moderar una cláusula penal pero con un común denominador: existe concurrencia de culpas con la otra parte contratante o bien circunstancias excepcionales. Así ocurre en la STS de 19 de febrero de 1990 [RJ\1990\700] en la que, respecto a un contrato entre empresarios, se entiende que procede la moderación equitativa de la pena, por haber cumplido uno de los contratantes una parte muy importante de su obligación (de modo que podría darse lugar a *“un censurable enriquecimiento injusto”*) y por invocación del artículo 1.103 del Código civil, *“un precepto que recoge una facultad discrecional del juzgador que ha de utilizarse según las circunstancias del caso (en el de autos hubo deficiencias ajenas a la empresa constructora y circunstancias concurrentes excepcionales cuales fueron las lluvias muy persistentes [...]), siendo precisamente dicho artículo 1.103 uno de los casos en que [...] resulta posible que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad, pues esa posibilidad de moderar que recoge y sanciona el artículo 1.103 del Código civil se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad”*. Del mismo modo, en las SSTs de 29 de marzo de 2004 [RJ\2004\2049] y de 28 de octubre de 2010 [RJ\2010\7613], en sendos contratos de obra, se procede a la moderación de las respectivas cláusulas penales moratorias por ser casos en los que se aprecian *“determinados incumplimientos no esenciales del comitente, cuales son retrasos en algunos pagos y presiones al arquitecto director de la obra para demorar su firma en la aprobación de algunas certificaciones”*. En estos casos, *“se admite no tanto una moderación cuanto una compensación fundada en el art. 1103 Cc que queda confiada al prudente arbitrio del tribunal sentenciador”*.

Ahora bien, apunta el órgano jurisdiccional, la moderación prevista en el art. 1103 Cc no puede operar frente a lo convenido por las partes en defecto del art. 1154 Cc, no porque no proceda en el caso de un incumplimiento total de la obligación, sino porque *“rige la fuerza vinculante del pacto que, aunque suponga un agravamiento de la responsabilidad, constituye una forma de tutela reforzada del crédito, de cuya validez y eficacia debemos partir, salvo que se exceda de los límites legales previstos respectivamente en los arts. 1255 y 1258 cc”*<sup>1185</sup>.

También la buena fe como criterio de integración de los contratos (artículo 1.258 Cc) ha sido vinculada en alguna ocasión a la reducción de penas excesivas<sup>1186</sup>. Conociendo acerca de una cláusula penal inserta en un contrato mercantil de explotación de máquinas recreativas, la Audiencia Provincial de Murcia, en su sentencia de 20 de mayo de 2010 [JUR\2010\238450], no considera procedente aplicar la facultad moderadora prevista en el artículo 1.154 Cc al no concurrir el presupuesto legal básico, consistente en el cumplimiento irregular o cumplimiento parcial de la obligación, puesto que, en el supuesto de hecho, el incumplimiento ha sido total y grave. Sin embargo, puntualiza el órgano jurisdiccional que

*“como señala la doctrina, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil, cabría integrar también aquellos en los que la pena sea desproporcionada operando entonces también la facultad de moderación o reducción de la misma en cuanto también sería una consecuencia del contrato y la buena fe contractual. De ahí, por tanto, que si la bien citada cláusula penal deba entenderse válida en virtud del principio de autonomía de la voluntad, es también cierto que ha de considerarse igualmente generadora de desequilibrio*

---

<sup>1185</sup> Es verdad que este argumento de respeto a la autonomía de la voluntad apuntado por el Tribunal Supremo y por algunos autores, perdería fuerza en nuestro caso al tratarse de un contrato de adhesión, en el que no se puede decir, estrictamente hablando, que haya una voluntad común de incluir, en virtud de una cláusula penal, un sistema de responsabilidad distinto del previsto en el art. 1103 Cc, lo que podría atenuar este obstáculo que, a la vista de los razonamientos del Tribunal Supremo, podría ser el más importante. En todo caso, y partiendo también de esta idea, adelantamos que nosotros defenderemos la posibilidad de un control de contenido en contratos predispuestos, también de cláusulas penales desproporcionadas. Recogiendo, precisamente, la mención de la anterior sentencia al art. 1258 Cc, será la figura de la buena fe contenida en dicho precepto en torno a la que girará el control material.

<sup>1186</sup> Para SANTOS BRIZ, J., “Comentario al artículo 1154...”, op. cit., p. 297, el tenor literal del artículo 1.154 Cc no es óbice para entender que debe comprenderse implícitamente en el mismo también el supuesto en que la pena sea desproporcionada, llevándose a cabo su reducción, *“si no por la aplicación del artículo 1.154, si por la del artículo 1.258, en cuanto sería una consecuencia lógica del contrato y de la buena fe contractual”*. El autor alude al § 343 BGB que, como veremos, sí que permite expresamente la moderación de la pena convencional al juez. Por su parte, también alude a la buena fe DE CASTRO VÍTORES, G., “Cláusula penal...”, op. cit., pp. 573 - 574, quien deduce de la existencia de alguna jurisprudencia que lleva a cabo una moderación equitativa de la pena que ésta pueda ser posible cuando el funcionamiento de la pena prevista *“no se ajusta a las exigencias de la buena fe, o su aplicación da lugar a resultados fuera de toda proporción con la economía del contrato”*. De este modo, el hecho de que excepcionalmente pueda reducirse una cláusula penal excesiva *“puede verse, por tanto, como una proyección del control por el ordenamiento del ajuste del contrato a las exigencias de la buena fe”*.

*entre los contratantes en claro detrimento de la parte demandada, hasta el extremo de afirmar que ha sido redactada en interés exclusivo de la actora al no contener el contrato norma alguna equivalente para el caso de incumplimiento de la mercantil actora suministradora de las máquinas recreativas. Por tanto y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil, la moderación de la pena contenida en la sentencia de instancia debe conceptuarse correcta y acertada, pues sin duda ese desequilibrio contractual y la desproporción de la pena, pugna con el principio de buena fe que proclama el artículo 1.258 del Código civil” (F.J. 4º, párrafos 8º, 9º y 10º) <sup>1187</sup>.*

Otros argumentos a los que se ha hecho alusión para regular las cláusulas penales exorbitantes son el artículo 7.2 Cc y el abuso de derecho, la inexistencia o ilicitud de causa o la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>1188</sup>, sin que hayan sido seguidos por la doctrina mayoritaria ni por la jurisprudencia<sup>1189</sup>.

---

<sup>1187</sup> En el supuesto de hecho, la empresa hotelera no renueva los boletines de situación de cada máquina, permitiendo y facilitando de este modo la contratación de otras máquinas diferentes pertenecientes a otras empresas ajenas y rompiendo, así, el pacto de exclusividad antes de la finalización del contrato. La cláusula penal pactada consiste en el resultado de multiplicar 30,05 euros por el número de máquinas y por el número de días que resten para completar la duración pactada en el contrato. En el mismo sentido y acerca del mismo contrato, también SAP Murcia de 14 de junio de 2011 [JUR\2006\265991]. También moderando una cláusula penal por entenderla “abusiva en el marco del art. 1258 Cc”, SSAP Granada de 21 de septiembre de 2007 [JUR\2008\23294] y de 28 de abril de 2006 [JUR\2006\200439].

<sup>1188</sup> El pacto por el que, ante la resolución anticipada de un contrato de arrendamiento de local de negocio en un centro comercial, el arrendador tiene derecho a una suma, convenida a modo de cláusula penal, por importe equivalente a la renta, gastos comunes generales, otros gastos e impuestos repercutibles, vigentes en el momento de resolución o desalojo, correspondientes al plazo obligatorio de vigencia del contrato que restare por cumplir, es considerado desproporcionado por la AP de Burgos, en su sentencia de 12 de noviembre de 2009 [AC\2010\625]. Afirma la Audiencia que la facultad de moderación viene amparada por la equidad si se valora que la pena resulta desproporcionada o abusiva. Hace referencia a los supuestos en los que la indemnización viene establecida legalmente (artículo 56 LAU de 1964): si ha sido admitida por la jurisprudencia una flexibilización de estas cantidades cuando, en virtud de las circunstancias, las pretensiones indemnizatorias pudieran ser abusivas (artículo 9.2 Cc) y no conformes con las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse, también ha de admitirse la moderación en los supuestos de previsión contractual si, en aplicación de criterios de equidad, la indemnización prevista resulta desproporcionada o abusiva. Así, en el supuesto de autos, valorando el nivel de rentas actuales en el centro comercial –reducidas sustancialmente por el cambio de circunstancias consistente en la no construcción definitiva de unas viviendas en proyección- y las posibilidades de disponibilidad efectiva del local por parte del arrendador para arrendarlo, aunque en condiciones menos gravosas, el Tribunal hace uso de la facultad de moderación ya señalada y estima que debe reducirse en un 50%.

<sup>1189</sup> Al respecto, ver MARÍN GARCÍA, I., “Cláusula penal: la facultad moderadora del juez. Comentario a la STS, 1ª, 17.10.2007”, *InDret*, enero 2008, pp. 9 y 19; ARANA DE LA FUENTE, I., “La pena convencional...”, op. cit., pp. 1636. MAS BADÍA, M.D., *La revisión judicial...*, op. cit., p. 230 y ss., también hace referencia a la inexistencia o ilicitud de la causa, el consentimiento viciado o la rescisión por lesión.

Haciendo referencia a la usura como posible mecanismo de control, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de diciembre de 2004 [RJ\2005\74], conoce de una cláusula penal contenida en un contrato “de prestación de servicios de información y de equipos para ello” entre dos empresas para el supuesto de resolución del mismo. En dicha cláusula penal se contienen los siguientes conceptos: el 10% de la cantidad debida, como efecto de la mora automática, y el 0,5% de interés diario, hasta el efectivo pago. La parte que recurre solicita que este último concepto se elimine “por considerarlo antisocial, inmoral y antijurídico, por tratarse de un recargo tan excesivo, que es inadmisibles (contrario [...]) a los postulados de la libertad contractual –artículo 1.255 del Código civil- y a la buena fe –artículo 1.258 del Código civil-, dentro del propio régimen de la cláusula penal aplicada –artículo 1.152.2ª del Código civil-, sin perjuicio de instar también un nuevo apoyo

## 6.2. Moderación solo en casos de incumplimiento parcial o irregular

En consonancia con la línea general del trabajo, mantenemos la necesidad de la existencia de un mecanismo a través del cual pudieran ser controlados posibles abusos en la fijación de las penalizaciones por incumplimiento. De hecho, en la contratación con consumidores se han previsto expresamente este tipo de extralimitaciones, considerándolas como cláusulas abusivas: así lo dispone el artículo 85.6 TRLGDCU que prohíbe “*las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones*”; el artículo 87.6, haciendo referencia a “*la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*”; o, por último, el artículo 88.1, al considerar abusivas las cláusulas que supongan “*la imposición de garantía desproporcionadas al riesgo asumido*”. Dado que esta normativa protectora no es de aplicación en el ámbito de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, encontrar un apoyo normativo fuera de la legislación de consumo tendría una gran repercusión como mecanismo de control en este tipo de contratación entre profesionales.

Sin embargo, como ya se ha dejado entrever, no parece estar tan claro que sobre el vigente artículo 1.154 Cc se pueda sustentar un control para las cláusulas penales “abusivas”. Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria, entre la que podemos destacar a ALBALADEJO<sup>1190</sup> o a DÍEZ-PICAZO<sup>1191</sup>, para quien esta norma no permite reducir o moderar una pena convencional por ser excesiva “*ya que éste es tema que pertenece a la autonomía de la voluntad de las partes*” y tan sólo puede el juez entrar a actuar cuando ha sido prevista para el incumplimiento total y éste ha sido parcial o irregular. En los mismos términos se expresa CABANILLAS<sup>1192</sup>, afirmando que la finalidad del precepto no reside en rebajar

---

*en el artículo 10 de la LGDCU)*”. Aunque el órgano jurisdiccional no entra a valorar los argumentos expuestos dado que se trata de una cuestión nueva que no se había planteado en la demanda, contestación ni alegaciones, sí que apunta que “*si bien los intereses “exagerados” pueden ser denegados incluso de oficio, ello afecta a su planteamiento en contratos típicos, como en préstamos, descubiertos en cuentas bancarias, etc., pero no en contratos tan atípicos como el presente, de prestación de servicios de información y de equipos para ello, en que las cifras que en los mismos se barajan son excepcionales, y lo cierto es que en el caso enjuiciado se aceptó y afirmó ese recargo y nunca, hasta la casación, se ha alegado su improcedencia ni la posible aplicación de la Ley Azcárate de la Usura, haciéndose ahora solo alegaciones de tipo general*”.

<sup>1190</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...* op. cit., pp. 275 y ss.

<sup>1191</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 468 – 469.

<sup>1192</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Comentarios al artículo 1154, en PAZ-ARES, C.; DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et. al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 160.

equitativamente una pena excesivamente elevada. AMUNÁTEGUI<sup>1193</sup> o DÍAZ ALABART<sup>1194</sup> no tienen ninguna duda, a la vista de la claridad del precepto, de que uno de los requisitos que tiene que cumplirse para que la moderación *ex art.* 1154 Cc sea conforme a Derecho es que haya existido un cumplimiento parcial o irregular, mientras que para CARRASCO<sup>1195</sup> “*en el artículo 1.154 existe un ajuste de la cláusula a un nuevo supuesto de hecho, pero no un juicio de desvalor sobre el contenido de la cláusula*”.

Por su parte, tanto MARÍN GARCÍA<sup>1196</sup> como ARANA DE LA FUENTE<sup>1197</sup> concluyen a favor de la inaplicación actual del artículo 1.154 Cc ante un incumplimiento total. Para la última autora, poniendo el acento en lo que consideramos la piedra angular del verdadero problema, “*su ejercicio excediendo las previsiones legales puede desvirtuar la voluntad común de las partes manifestada en el contrato*”, de tal forma que no debería utilizarse como instrumento que permitiera al juzgador modificar las cláusulas penales que considerara desproporcionadas “*salvo una reforma legislativa*”.

Es muy expresiva para reforzar la postura de la doctrina mayoritaria la lectura de los antecedentes del artículo 1.154 Cc, concretamente, los artículos 1.081 y 1.085 del Proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA. En el primero, se permite la posibilidad de que el acreedor reclame a su elección el cumplimiento de la obligación o el de la pena estipulada contra el deudor moroso pero solo en el caso de que así se hubiera pactado y reconociendo a los tribunales la facultad de moderar la pena “*si fuere escesiva (sic)*”. En cuanto al artículo 1.085, claramente delimita el supuesto de hecho para que sea aplicable la moderación a los incumplimientos parciales y excluye a los totales:

*“El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo”.*

GARCÍA GOYENA alude a la posición respectiva de las partes “*y todas las demás consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio*” como criterios a

---

<sup>1193</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 64, 65, 175, entre otras.

<sup>1194</sup> DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal...*, op. cit., pp. 98, 113, entre otras.

<sup>1195</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 830, sitúa la moderación del artículo 1.145 del Código civil, no en el desequilibrio intrínseco de la cláusula penal sino en que la circunstancia sobrevenida de un cumplimiento parcial del contrato hace desproporcionada la penalización prevista inicialmente.

<sup>1196</sup> MARÍN GARCÍA, I., “Cláusula penal...”, op. cit., pp. 6 y 11.

<sup>1197</sup> ARANA DE LA FUENTE, I., “La pena convencional...”, op. cit., p. 1682.

tener en cuenta por el juez para la modificación, en su caso, de la pena<sup>1198</sup>. Nos parece evidente que cuando el incumplimiento es “*en el todo*” no se está dentro del ámbito de aplicación de la moderación de la pena convenida y, por otra parte, que el artículo 1.081 no ha tenido continuidad en el Código civil vigente<sup>1199</sup>.

Partiendo de estos razonamientos no sorprende saber que, como ya se ha apuntado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo casos aislados, mantiene una postura clara respecto a los supuestos en los que los jueces ostentan la facultad de moderación: sólo cabe ante incumplimientos parciales o irregulares. Veamos una muestra de diversos pronunciamientos en este sentido.

Desde el punto de vista de los incumplimientos totales, la STS de 10 de marzo de 2014 [RJ\2014\1467] declara que no hay lugar a la moderación de la cláusula penal inserta en un contrato de mantenimiento de ascensores en una residencia de ancianos pues se ha producido el evento específicamente previsto, en este caso concreto, el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento. Efectivamente, la cláusula penal presentaba el siguiente tenor: “[...] *en el supuesto de rescisión unilateral del contrato por alguna de las partes, la parte que rescinda indemnizará a la otra parte con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada*”, y la entidad receptora de los servicios se había desvinculado unilateralmente del contrato antes de que éste venciera. La sentencia del TS de 26 de marzo de 2009 [RJ\2009\2387], por su parte, conoce de un contrato de opción de compra sobre una finca –en realidad, un precontrato bilateral de compraventa- en el que se produce un incumplimiento por parte del comprador al negarse a no poner en vigor dicho precontrato de promesa de venta en una determinada fecha. Dado que en ese supuesto, según la cláusula penal pactada, la optante pierde definitivamente a favor de la optataria la cantidad que ha abonado hasta ese momento, no cabe la moderación judicial “*porque el incumplimiento ha sido total*”. Del mismo modo argumenta el Tribunal en su sentencia de 21 de junio de 2004 [RJ\2004\3956] respecto de un contrato de obra y dirección de la misma en el que se prevé que si el autor del encargo resuelve unilateralmente

<sup>1198</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, p. 583.

<sup>1199</sup> Al respecto, DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal...*, op. cit., p. 96, pone en evidencia que de las dos funciones que el juez tiene en el Proyecto –facultad moderadora general para evitar abusos y facultad moderadora en el supuesto de incumplimiento parcial-, el Código civil solo ha mantenido la segunda, faltando un artículo que recoja la moderación de la pena excesiva aunque, matiza, se incluyó la previsión de moderación equitativa genérica del artículo 1.103. “*No es posible saber si la no inclusión del primero se produjo precisamente por la existencia de esa nueva regla general, pero una cosa encaja con la otra*”, aventura la autora.

el contrato, deberá abonar al arquitecto, no sólo los honorarios que hubiese devengado hasta el momento, sino también un treinta por ciento de las sumas que le quedasen por percibir por aquellas fases encargadas que ya no podrá llevar a cabo como consecuencia de esa resolución. Tratándose de un contrato creador de obligaciones recíprocas, su resolución injustificada no equivale en modo alguno a un cumplimiento parcial o irregular del que resuelve, sino a un incumplimiento total, no dándose el presupuesto exigido por el artículo 1.154 Cc.

En este sentido decide también la STS de 1 de junio de 2009 [RJ\2009\3192] para el caso de un contrato de transmisión de acciones y una cláusula penal en la que se prevén varios posibles incumplimientos entre los que está el supuesto de que los transmitentes no cumplan la obligación de no competir en el mercado en que opera la adquirente –editora de varias revistas sobre automóviles y motocicletas-. Incumplida esta prohibición concreta, se debe aplicar la pena correlativa (200 millones de pesetas) y el TS critica la moderación de la pena convencional llevada a cabo por la AP de Madrid, considerando que hizo indebida aplicación del art. 1154 Cc.

En sendos contratos de arrendamiento de obra para la edificación de un hotel y un parking anejos a un campo de fútbol se incluye una cláusula penal para el supuesto de que se produjera una modificación de la calificación urbanística de los terrenos donde se encuentra ubicado el campo de fútbol. Para este supuesto el club deportivo deberá indemnizar a la otra parte con una suma de dinero fija más otra por cada año en que haya disminuido el plazo de duración del contrato. Acaecida tal alteración por la modificación del plan general de ordenación urbana que afectaba a la zona del estadio, el Tribunal niega la posibilidad de aplicar el artículo 1.154 Código civil a dichas cláusulas por no considerar que la finalidad del precepto resida en la rebaja equitativa de la pena por resultar excesiva sino en un incumplimiento parcial o irregular (STS de 4 de mayo de 2011 [RJ\2011\3728]).

Por su parte y en aplicación del artículo 1.154 Cc, tampoco debe moderarse la cláusula penal contenida en un contrato de prestación de servicios de asesoramiento patrimonial en virtud de la cual si el cliente resuelve el contrato por su sola voluntad antes de la expiración del tiempo pactado o de cualquiera de sus prórrogas, habrá de pagar la cantidad equivalente a las últimas anualidades vencidas y, en su defecto, la media de las percibidas o por percibir multiplicada por cuatro. El cliente se coloca en la situación que describe la cláusula contractual expresamente pactada por las partes decidiendo extinguir la relación contractual por su sola voluntad y sin que hubiera mediado incumplimiento de la contraparte con lo que no procede moderar la pena (STS de 18 de marzo de 2014 [RJ\2014\2409]).



Además de resoluciones en las que el incumplimiento ha sido total, lo que excluye directamente la aplicación del precepto estudiado, nos encontramos con otras en las que el incumplimiento es parcial pero en las que tampoco procede la moderación porque precisamente tal situación ha sido la prevista por las partes en la cláusula penal<sup>1200</sup>.

La STS de 1 de octubre de 2010 [RJ\2010\7307] descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional porque el incumplimiento parcial o defectuoso – falta de pago total del precio convenido en una compraventa de fincas- es el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, debiéndose estar, entonces, a lo pactado por la partes, que decidieron garantizar cada uno de los pagos en que se fraccionaba el precio con un conjunto de cláusulas penales de funcionamiento sucesivo en el que la anterior operaba sobre la siguiente. Es muy expresiva a tal efecto la jurisprudencia del TS, recalcando la idea de respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. Otro ejemplo se encuentra en la STS de 14 de junio de 2006 [RJ\2006\3133], que afirma que *“si la cláusula penal ha sido prevista para el impago parcial del precio, como ocurre en el caso presente, no puede aplicarse la facultad moderadora del juzgador, ya que la autonomía de la voluntad consagra el principio básico, de acuerdo con el que los pactos deben ser cumplidos por las partes contratantes y ello obliga a respetar lo pactado, en este caso, la cláusula penal prevista para el incumplimiento parcial”*<sup>1201</sup>.

Un supuesto específico del que conoce también la jurisprudencia es el de las llamadas cláusulas penales moratorias, habiendo resuelto que no cabe moderación en los casos de penas estrictamente moratorias, por constituir el retraso un incumplimiento total<sup>1202</sup>.

<sup>1200</sup> En este sentido, DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal...*, op. cit., p. 102: *“Evidentemente, si la pena se pactó para el incumplimiento específico de alguna de las obligaciones concretas del contrato, y éste se produce conforme a lo previsto no procede la moderación. No se trata de un incumplimiento parcial o irregular, sino de incumplimiento absoluto de la prestación a la que se añade la cláusula penal”*. Respecto del contrato de *leasing*, UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., quien niega la aplicabilidad del artículo 1.154 del Código civil para la moderación de las penas exorbitantes y lo reduce a los casos en los que la cláusula penal esté prevista para un incumplimiento total y el usuario haya cumplido parte del contrato, aplica este razonamiento a una serie de cláusulas por ella estudiadas. De este modo, no serían moderables la pena de abono de los intereses no devengados correspondientes a las cuotas pendientes de vencimiento, la de retención de las cuotas de amortización entregadas antes de la resolución o la de abono de determinadas cuotas pendientes de vencimiento: en todos estos casos, *“para cada grado de cumplimiento parcial del contrato”*, existe una pena distinta (pp. 164 – 169). También acerca de las cláusulas penales en los contratos de *leasing*, VIVES MARTÍNEZ, G., *El juez y el abogado...*, op. cit., pp. 576 y ss.

<sup>1201</sup> En el mismo sentido, SSTS de 14 de septiembre de 2007 [RJ\2007\5307], respecto de una compraventa de finca; de 20 de junio de 2007 [RJ\2007\3861], acerca de un contrato de compraventa de un solar con vivienda en construcción. Ver también MACÍAS CASTILLO, A., *Cláusula penal en contrato: facultad moderadora del Juez. Análisis de la STS de 14 de septiembre de 2007, Actualidad Civil*, nº 22, diciembre 2007, pp. 2688 – 2691.

<sup>1202</sup> Entendiendo que no procede la moderación de la cláusula penal moratoria en virtud al artículo 1.154 del Código civil, entre otros, DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación...*, op. cit., p. 396; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 46, 1998, p. 369; ARANA DE LA FUENTE, I., “La pena

Así lo afirma el TS en su sentencia de 15 de octubre de 2008 [RJ\2008\5692], respecto de un contrato de obra para la construcción de un horno de colada para fusión de frita que incluye una cláusula por la que se penaliza el retraso con un 2,5 por ciento semanal sobre el montante de la obra: *“No cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1.154 del Código civil ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria [...], por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular”*<sup>1203</sup>. Siguiendo este razonamiento se pronuncia también el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 2011 [RJ\2011\5112] acerca de un contrato de construcción de una estación de servicio de gasóleo A en el que se incluye una cláusula penal de 1200 euros diarios en el caso de retraso en la entrega. Esta cantidad no se ve reducida pues *“esta Sala no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena”*, lo que se traduce, en el caso de cláusulas penales por retraso de entrega de una obra *“en que no quepa reducir el importe de la pena libremente acordado entre las partes”*.

¿Cuándo, pues, ha aceptado la jurisprudencia una moderación de la pena? Como se ha expuesto en reiteradas ocasiones a lo largo de este punto, el Tribunal Supremo no tiene problemas para reconocer la moderación en los incumplimientos parciales o irregulares.

Un ejemplo de ello es la sentencia de 7 de mayo de 2012 [RJ\2012\8004], que, ante un incumplimiento parcial de la obligación de pago del precio en la compraventa de un conjunto residencial integrado por dos bloques de viviendas (24 en total), entiende moderable la cláusula penal prevista para un incumplimiento total del pago del precio aplazado. Por su parte, la STS de 12 de diciembre de 2008 [RJ\2008\8008], tiene en cuenta que el incumplimiento llevado a cabo por una de las partes en un contrato de gestión no es exactamente el previsto en la cláusula penal. En virtud del mencionado contrato, una de las partes queda obligada a administrar un inmueble -compuesto de locales comerciales, oficinas y aparcamientos- englobando la gestión, entre otras funciones, los contratos de

---

convencional...”, op. cit., pp. 1655 y ss.; DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal...*, op. cit., p. 250. Respecto del contrato de obra, MARTÍNEZ MAS, F., *La cláusula penal...*, op. cit., pp. 105 y ss. En relación con el contrato de *leasing*, UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., pp. 168 – 169.

<sup>1203</sup> Ver también la STS de 7 de febrero de 2002 [RJ\2002\2887], que niega la moderación de la pena moratoria en un contrato de obra porque *“no es aplicable cuando se da un incumplimiento total o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria”*.

arrendamiento, cobro de rentas, limpieza, seguridad o mantenimiento del conjunto. Se prevé que la renuncia anticipada al contrato por parte de la entidad propietaria del edificio generará la obligación de una indemnización equivalente a la cuantía fija total del año en curso. Ante el incumplimiento por la parte encargada de la gestión de sus obligaciones contractuales, la propietaria solicita que se tenga por extinguido el vínculo contractual. Confirma el Supremo la moderación de la pena llevada a cabo por el Tribunal de apelación porque considera que la causa de la extinción del vínculo no ha sido la prevista por las partes –la denuncia *ad nutum*–, sino otra del mismo género, pero de especie cualitativa distinta –denuncia con justa causa–. *“Tal conclusión, obtenida por analogía”, sostiene, “no es contraria al sentido que la jurisprudencia, respetuosa con la voluntad presunta de los contrayentes, atribuye a la norma del artículo 1154 del Código civil”.*

Conociendo de una cláusula penal por demora incluida en un contrato de arrendamiento de obra para la construcción de una nave industrial con dos viviendas y oficinas, sí que da el visto bueno a su moderación la sentencia de 27 de abril de 2005 [RJ\2005\3769]. Este supuesto de hecho representaría el caso de una cláusula penal moratoria –como acabamos de apuntar, no se consideraran moderables porque precisamente el presupuesto (retraso) constituye el incumplimiento total- en el que sí se ha entendido que procede la reducción de la misma: en la medida en que sí se ha producido la entrega de las instalaciones, siendo aceptadas y utilizadas con provecho, no se puede hablar realmente de un incumplimiento total sino parcial.

De todo lo hasta aquí dicho podemos concluir que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina mayoritaria mantienen una postura clara en contra de la aplicación del 1.154 Cc a supuestos distintos a los expresamente contenidos en el artículo<sup>1204</sup>.

Esto no obsta para que nuevas tendencias se hagan eco de las inquietudes de la doctrina minoritaria: la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos

---

<sup>1204</sup> Es más, la STS de 7 de abril de 2014 [RJ\2014\2184], tras fallar en contra de la moderación de una cláusula penal inserta en un contrato de prestación de servicios de gestión y asesoramiento en cuestiones urbanísticas de la ejecución de una promoción inmobiliaria por tratarse de un incumplimiento total (resolución anticipada del contrato), fija como doctrina jurisprudencial que *“en un contrato por negociación, cuando expresamente se prevé una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral ya de una, o ambas partes, la cuantía de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación”* (también lo hace en la STS de 10 de marzo de 2014 [RJ\2014\1467]).

Es de notar que, si leemos el texto de la resolución, por *“contrato por negociación”* hay que entender tanto los contratos en cuya formación ambas partes han participado como los contratos entre empresarios mediante condiciones generales. La sentencia argumenta en contra de aplicar a estos contratos la normativa especial de consumo quedando sujetos *“al régimen general del contrato por negociación”*.

contiene una nueva regulación de la cláusula penal, siendo precisamente la novedad más notable la relacionada con la facultad de moderación de los jueces. El artículo 1.150 de la Propuesta, equivalente al 1.154, dispone que

*“El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”.*

Basta una lectura rápida del precepto –que no solo hace referencia a las cláusulas sustitutivas sino que también incluye expresamente las punitivas- para darnos cuenta de que con esta nueva redacción, sí que estarían incluidos los casos de cláusulas exorbitantes, incluso, hasta podría parecer que sólo esos<sup>1205</sup>. Esta incorporación -y en estos términos- ha sido acogida por parte de la doctrina con ciertas reservas. Como aspectos positivos<sup>1206</sup>, cabe reseñar el acercamiento que supone a la normativa europea y de Derecho comparado, o la reducción de la inseguridad que implicaría su regulación en el Derecho positivo (no olvidemos que, a pesar de la línea jurisprudencial constante del TS, hay ciertos pronunciamientos que han recurrido al artículo 1.154 Cc para moderar excesos de las cláusulas penales). Por supuesto, y como principal virtud desde nuestra óptica, una reforma así permitiría hacer frente a los abusos cometidos mediante penas excesivas, situaciones tan sólo cubiertas ahora en la legislación con consumidores.

Sin embargo, también se pueden encontrar inconvenientes. Para MARÍN GARCÍA<sup>1207</sup>, tiene un dudoso encaje en nuestro ordenamiento jurídico, siempre rígido en lo que a revisión de los contratos por cambio de las circunstancias se refiere<sup>1208</sup>. A ello se suma el

---

<sup>1205</sup> Efectivamente, no encontramos mención alguna en el artículo a los supuestos incluidos en el actual 1.154 del Código civil, esto es, el incumplimiento parcial o irregular. Para MARÍN GARCÍA, “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, mayo 2009, p. 12, la omisión no es deliberada sino fruto de un olvido de la Comisión, con lo que en versiones futuras se introducirá de nuevo.

<sup>1206</sup> Acerca de las razones favorables a la regla contenida en el artículo 1.150, ARANA DE LA FUENTE, I., “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, octubre 2010, pp. 10 – 14.

<sup>1207</sup> MARÍN GARCÍA, “La cláusula penal en la Propuesta...”, op. cit., pp. 11 – 12.

<sup>1208</sup> Recordemos la aplicación muy restrictiva por parte de la jurisprudencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, exigiendo los siguientes requisitos: alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes; que acontezca por la sobrevenida aparición de circunstancias radicalmente imprevisibles; que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, vol. II..., op. cit., pp. 1065 – 1067. Es de notar, no obstante, la existencia de algunas sentencias recientes que parecen flexibilizar, con motivo del escenario de crisis económica, la tradicionalmente estricta configuración de la figura (SSTS de 30 de junio de 2014 [RJ2014\3526] y de 15 de octubre de 2014 [RJ2014\6129]).

hecho de que no se restrinja la revisión judicial de la pena por equidad, diferenciando las cláusulas pactadas entre profesionales, llegando, incluso, a instaurar un régimen que sería más favorable para el deudor que el reservado a los consumidores en el TRLGDCU. Se ha destacado por la doctrina la distorsión del principio de autonomía de la voluntad y del principio *pacta sunt servanda* que se podría producir<sup>1209</sup> y, de ahí, la necesidad de sujetar a un control estricto las motivaciones de los tribunales cuando procedieran a moderar una pena por ser ésta excesiva<sup>1210</sup>.

Por otro lado, se ha visto de forma negativa que tanto las cláusulas penales con función indemnizatoria como aquellas puramente punitivas (“*indemnizaciones convenidas*” y “*penas convencionales*”) puedan ser moderadas y se haga en base al *daño efectivamente sufrido*, lo que tiene sentido en el caso de la primera pero no en el supuesto de que la pena se haya configurado precisamente para coaccionar el cumplimiento del hipotético incumplidor puesto que se estaría vulnerando la voluntad de las partes que han querido dotar a la cláusula de una función puramente penal<sup>1211</sup>.

Si en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos se ha constatado esta evolución favorable a la moderación de la pena convencional sustitutiva desproporcionada, no parece distinta la conclusión a la que se ha de llegar a la vista del Anteproyecto del Código mercantil en la parte general sobre contratos mercantiles, cuyo artículo 417-5 *in fine* (antiguo art. 66.2 de la Propuesta de Anteproyecto) de forma clara admite que la suma establecida como cláusula penal “*podrá, en todo caso, ser modificada por el juez si fuera notoriamente desproporcionada al daño efectivamente sufrido*”<sup>1212</sup>. De

<sup>1209</sup> Esta deformación es apuntada por MARÍN GARCÍA, “La cláusula penal en la Propuesta...”, op. cit., p. 11; ARANA DE LA FUENTE, I., “Algunas precisiones sobre la reforma...”, op. cit., p. 10. Los pronunciamientos en las sentencias del TS acerca del 1154 del Código civil también son constantes en esta línea. Sólo a modo de ejemplo, SSTs de 1 de junio de 2009 [RJ\2009\3192] y de 14 de septiembre de 2007 [RJ\2007\5307].

<sup>1210</sup> ARANA DE LA FUENTE, I., “Algunas precisiones sobre la reforma...”, op. cit., p. 14, cree que el problema fundamental no reside en la atribución de un poder discrecional de moderación a los Tribunales de instancia sino en la forma de ejercitar el mismo. Por su parte, MARÍN GARCÍA, “La cláusula penal en la Propuesta...”, op. cit., p. 12, tilda de “*no demasiado escrupulosa*” la Propuesta, en la medida en que no se exige ninguna cautela para el juicio de proporcionalidad del Juez como podría ser, apunta, el recurso a un perito, como en el Derecho austríaco.

<sup>1211</sup> FELIU REY, J., “Cláusula penal...”, op. cit., pp. 208 – 210. El autor se muestra contrario a la moderación de las cláusulas penales punitivas, además, por el hecho de que se podría ver afectada la inmediatez y eficacia de la exigibilidad de la cláusula penal al ser necesario entrar a debatir sobre el carácter o no excesivo de la misma.

<sup>1212</sup> Artículo 417-5: *Pago pactado para el caso de incumplimiento*. “Si en el contrato se hubiere pactado que la parte que lo incumpla deberá pagar a la otra parte una suma determinada o determinable, la parte perjudicada por el incumplimiento tendrá derecho al pago de dicha suma sin tener que probar el daño y sin poder exigir, salvo pacto en contrario, una suma mayor por el daño excedente. La suma establecida podrá,

este modo, el texto mercantil recogería una regulación algo más completa de la pena convencional (recordamos que el artículo 56 Ccom contiene una regulación parca al respecto) y se alinearía con la postura de la legislación civil.

### 6.3. Cláusula penal sustitutiva y condiciones generales entre empresarios

Llegados a este punto, parece claro que en el ordenamiento jurídico español y en la actualidad los contratos mediante condiciones generales entre empresarios no se ven afectados por ningún tipo de control específico en lo que a cláusulas penales sustitutivas se refiere. Hemos concluido que, a la luz del artículo 1154 Cc y la jurisprudencia mayoritaria que lo aplica, no se puede afirmar que sea un mecanismo apto para moderar penas excesivas. Por otra parte, a diferencia de este precepto del Código civil, el TRLGDCU sí que contiene menciones que protegen a los contratantes débiles frente a abusos en este tipo de cláusulas, pero su ámbito de aplicación se restringe a los consumidores y no incluye a los empresarios adherentes. Siendo éstos también, en ocasiones, sujetos a tutelar en la medida en que en estos contratos se reproducen ciertos rasgos característicos de las relaciones con consumidores, podría parecer en un primer momento que habría que recibir de forma positiva la idea que contiene el artículo 1150 de la Propuesta de Reforma en la medida en que, por estar contenida en el Código civil, sería de indudable aplicación –supletoria- a las relaciones entre empresarios (sin olvidar que el Anteproyecto de la norma mercantil también prevería una disposición en el mismo sentido). Esto, efectivamente, conllevaría la posibilidad de protección de los adherentes empresarios frente a cláusulas penales excesivas. Sin embargo, entendemos que una forma de contrarrestar -dentro del ámbito de este trabajo- algunos de los aspectos negativos de la Propuesta que han sido criticados por la doctrina, podría ser volver la vista hacia la legislación alemana y realizar alguna modificación en dicha Propuesta.

Retomamos, así, el Derecho alemán para llamar la atención sobre un hecho: que este ordenamiento jurídico excluye de la aplicación de la moderación de las cláusulas penales del § 343 BGB<sup>1213</sup> a los contratos entre comerciantes. No lo hace en el propio precepto,

---

*en todo caso, ser modificada por el juez si fuera notoriamente desproporcionada al daño efectivamente sufrido”.*

<sup>1213</sup> §343 BGB dispone que si una cláusula penal es desproporcionadamente alta, será reducida por el juez a una suma adecuada a instancias del deudor. Para valorar lo que es adecuado, debe ser tomado en consideración todo interés legítimo del acreedor, no solo el interés patrimonial (“*Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen*”).

sino desde el Código de comercio alemán<sup>1214</sup>. La razón de una exclusión así en un ordenamiento jurídico que, como sabemos, sí que otorga protección específica a ciertos contratos aunque estén celebrados entre empresarios –control de contenido en contratos mediante condiciones generales- entendemos que quizás es, precisamente, ésa: los contratos entre profesionales que considera el Derecho alemán dignos de tutela, esto es, los contratos mediante condiciones generales, ya están protegidos mediante una cláusula general de buena fe (§ 307 BGB), que puede ser aplicada a cualquier condición contractual y, por tanto, también a las cláusulas penales<sup>1215</sup>.

En España, a la vista de la Propuesta de Reforma del Código civil–poniéndolo en relación con la regulación del Código de comercio al respecto- no se excluiría en principio ningún tipo de contrato: tendrían cabida tanto los contratos celebrados entre particulares, como los contratos con consumidores (teniendo en cuenta, eso sí, su regulación específica) o entre empresarios y, por otra parte, tanto los contratos negociados como los de adhesión. Este hecho puede generar distorsiones y es, como ya se ha señalado, que esté mejor protegido el deudor en general vía Código civil que la figura del consumidor a través de su propia normativa específica y de aplicación preferente.

¿Tendría sentido en el ordenamiento jurídico español una exclusión al estilo de la alemana? Es decir, ¿conllevaría algún efecto positivo excluir del ámbito de aplicación del art. 1150 PM los contratos entre empresarios? Con todo el texto de la Propuesta en vigor y a la luz de los argumentos en contra que se han apuntado, nos parece que sí. Efectivamente, los artículos 1.261 a 1.264 de la Propuesta de Reforma del Derecho de obligaciones y contratos son los encargados de introducir la regulación de las condiciones generales de la contratación en el marco del Código civil, ampliando el ámbito de aplicación respecto de la normativa vigente al referirse, en su artículo 1262 y respecto del control de contenido, al

---

<sup>1214</sup> El § 348 HGB así lo dispone, negando la posibilidad de que una pena convencional recogida en un contrato mercantil pueda ser disminuida en aplicación del parágrafo 343 BGB (“*Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden*”).

<sup>1215</sup> Obviamente, sin perjuicio de que luego la cláusula pase o no el control de contenido y sea declarada o no abusiva. En todo caso, nos remitimos al apartado correspondiente al Derecho alemán (Primera parte. Capítulo II. I. 4), en el que se expone el sistema de protección del BGB mediante dicha cláusula así como mediante el mecanismo de la *Indiztheorie*. En este sentido, la mención a la cláusula penal está recogida, además, en el apartado 6 del § 309 (lista negra), en referencia a aquellas cláusulas que permitan al acreedor recibir el pago de una pena convencional en el caso, entre otros, de incumplimiento en el pago o de que la otra parte se desvincule del contrato (“*(Vertragsstrafe) eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird*”).

adherente en general e incluyendo, por tanto, al adherente empresario. Así, éste, si bien no tendría la posibilidad de beneficiarse de una moderación *ex art.* 1150 PM, sí que podría acudir a la nulidad de una cláusula penal por contravenir la cláusula general de la buena fe (artículo 1262.1 PM). El problema principal que rodea el hecho de querer instaurar un control de contenido respecto de lo pactado por los contratantes es, siempre, la autonomía de la voluntad. En definitiva, no se trata sino de conjugar el respeto por dicha autonomía con una protección de aquellos supuestos que sean merecedores de ella. En el caso de las condiciones generales de la contratación, sin que podamos hablar de una ausencia de consentimiento, sí que hay un claro desequilibrio entre las posiciones del predisponente y el adherente. Es evidente y así se ha reconocido en el caso de los consumidores con una legislación específica que incluye, en lo que ahora nos interesa respecto a las cláusulas penales, cautelas al efecto. Como defendemos desde este trabajo, esa posición débil de mero adherente también se puede ostentar aunque el mismo sea empresario. Pero, si bien entendemos que es un supuesto merecedor de protección, también consideramos que una regulación en la línea del ordenamiento jurídico alemán –excluyendo los contratos entre empresarios de la facultad de moderación– solventaría alguno de los problemas que la doctrina ha puesto de manifiesto respecto del artículo 1150 de la Propuesta. Manteniendo todo lo dicho respecto a la necesidad de una guía que garantice una moderación adecuada de la pena por parte del juez, ya respecto de los contratos de adhesión entre empresarios, quizás podrían ser excluidos del ámbito de aplicación de este precepto si entendemos que sus necesidades de tutela –menores, en cualquier caso, que las de un consumidor– estarían cubiertas ya con la cláusula general del artículo 1262.1 de la Propuesta y con la referencia expresa a las indemnizaciones desproporcionadas dentro del listado ejemplificativo que incluye (1262.3.h)<sup>1216</sup>.

De esta forma, se evitaría en cierta medida la problemática injerencia en la autonomía de la voluntad en casos en los que, por las características de la contratación o de los sujetos que participan, no es necesario un control material general de la pena pactada por las partes. Los

---

<sup>1216</sup> Obviamente, con consecuencias distintas: mientras que el artículo 1.150 de la Propuesta conduce a una moderación de la pena convencional, el artículo 1.262 de la Propuesta conllevaría la nulidad de la misma por abusiva. Apunta al respecto, aunque referido a la contratación con consumidores, CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a la Disposición...”, *op. cit.*, p. 1029, la manera de coordinar la aplicación de la disposición que tachaba de abusiva la cláusula penal desproporcionaba –en aquel momento, contenida en la LCGC– y el artículo 1.154 del Código civil, ambos de carácter imperativo y con consecuencias diferentes. A juicio del referido autor, primero ha de decidirse si la cláusula es abusiva o no a los efectos de la normativa de consumo y, solo en el caso de que no lo sea –pues si es abusiva, sería nula–, entraría en juego el artículo 1.154 y su posibilidad de moderación de la pena si resulta desproporcionada, tomando como referencia el momento del incumplimiento (todo esto, como matiza CAFFARENA, partiendo de la opinión doctrinal minoritaria según la cual el artículo 1.154 del Código civil podría aplicarse para la revisión judicial de penas excesivas).



contratos mercantiles negociados no se verían afectados por la actividad valorativa de los tribunales salvo en los casos de excesos o desproporción manifiesta de la pena sustitutiva, sin distorsionar así el principio *pacta sunt servanda*, mientras que los contratos en los que media un adherente empresario susceptible de ser tutelado, tendrían una normativa a la que acudir en los casos de abusos del predisponente.

Con espíritu sintético y recapitulando brevemente en torno a lo expuesto en las líneas precedentes, no parece que el artículo 1154 Cc pueda proporcionar apoyo para el control de cláusulas penales sustitutivas exorbitantes, ni siquiera dando entrada al argumento del déficit de autonomía de la voluntad característico en la contratación mediante condiciones generales y la correlativa necesidad de protección. Ciertamente, la inserción en un contrato de adhesión de una liquidación anticipada de los daños por incumplimiento totalmente desproporcionada y en perjuicio de la parte débil de la relación, es una práctica usual. Véase cómo el legislador, en diversos momentos de la regulación de consumo, ha creído conveniente incluir este tipo de supuestos como cláusulas abusivas. El problema es que el artículo 1154 Cc piensa en un determinado supuesto de hecho cuando faculta al juez para la moderación de la cláusula penal, supuesto que se ciñe al incumplimiento parcial o irregular. Aunque en la base de esta reducción de la pena que corresponde al deudor se pueda identificar también un ánimo de conservar una proporción –que no se tenga que hacer frente, por ejemplo, a una cantidad pensada para el incumplimiento total cuando se presupone que una parte del interés del acreedor ha quedado satisfecho-, no está exento de dificultades extrapolar esta búsqueda de un resultado proporcional a casos claramente no subsumibles en el supuesto de hecho de la norma –esto es, incumplimientos absolutos-. El equilibrio que se pretende en uno y otro caso responden, a nuestro juicio, a motivaciones diferentes.

El mecanismo propuesto para controlar, en su caso, cláusulas penales excesivas impuestas por el predisponente a un adherente empresario será la buena fe del art. 1258 Cc, a la que dedicaremos la parte final del trabajo.

Junto con las cláusulas penales propiamente indemnizatorias -a cuyo régimen y posibilidades de moderación hemos dedicado el presente epígrafe-, existen las **cláusulas penales punitivas**. La razón de un tratamiento diferenciado entre ambas reside en las consideraciones añadidas que son necesarias en el caso de las cláusulas punitivas, precisamente por su carácter sancionador. Efectivamente, no podemos olvidar que, en virtud de un “pacto”, estas

cláusulas desempeñan una función, no meramente indemnizatoria sino sancionadora del incumplimiento. Así conceptuadas, el hecho de que un Juez modere este tipo de penas puede llevar a que se pierda esa función legítima de coacción. Esta es de hecho, si recordamos, una de las críticas que hace la doctrina al art. 1150 PM y su equiparación en cuanto al criterio con el que comparar la desproporción de la pena (“*el daño efectivamente sufrido*”, tanto en el caso de las “*penas convencionales*” como en el de las “*indemnizaciones convenidas*”).

Pero es cierto, no obstante, que nos parece que también en el caso de las cláusulas penales punitivas pueden darse abusos en condiciones generales por parte del predisponente mediante la imposición a un adherente parte débil de la relación jurídica de una cláusula penal punitiva susceptible de ser considerada excesiva. Si bien admitimos la existencia de una diferencia clave entre la moderación de este tipo de cláusulas y la moderación de las sustitutivas, que viene asociada a la propia función esencialmente coactiva las primeras, esto no excluye que un predisponente, aprovechándose de su superioridad, pueda incorporar en un contrato no negociado un pena exorbitante, incluso teniendo en cuenta esta función coercitiva, es decir, que supere con creces la que ya, de por sí, tendría efecto coercitivo<sup>1217</sup>.

En la regulación del control de contenido de la PM en condiciones generales, un adherente empresario en esta situación no estaría amparado por la mención específica del art. 1262.3.h) PM. Efectivamente, el apartado h) del art. 1262.3 PM califica de abusivas, para todo adherente, aquellas cláusulas “*que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada*”. Entendiendo que esta referencia a la *indemnización desproporcionada* alude solo a las cláusulas penales sustitutivas y no a las punitivas, solo el adherente empresario al que se le haya impuesto una cláusula penal sustitutiva de la indemnización desproporcionada podría acogerse directamente a esta prohibición expresa. Esto no impide, claro está, que pudiera obtener protección por la cláusula general de la buena fe del art. 1262.1 PM (aunque, en cuanto a las consecuencias, no podríamos hablar de moderación de la cláusula sino, en el caso de que resultara abusiva, de su nulidad).

En cuanto al Derecho positivo vigente y al igual que para el caso de las cláusulas penales sustitutivas merecedoras de control, se plantea en la Tercera Parte de este trabajo el control de cláusulas penales punitivas en contratos mediante condiciones generales, en su caso, a través

---

<sup>1217</sup> En este sentido, consideramos muy acertada la afirmación de BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero...*, op. cit., p. 95, según la cual “*la moderación no debe llegar a privar a la cláusula de su contenido punitivo, pues este es su contenido, y se encuentra amparado, dentro de ciertos límites, por nuestro derecho patrimonial*”. De ahí que el autor advierta que se debe diferenciar entre la desproporción que merece ser moderada respecto de la desproporción que es esencial a toda cláusula penal con función punitiva (p. 94).

de la figura de la buena fe del art. 1258 Cc, con todas las particularidades que presenta la moderación de una cláusula penal punitiva frente a una sustitutiva.

## 7. El artículo 217 de la LEC y la carga de la prueba

Los artículos 88 y 89 TRLGDCU enumeran cláusulas en las que la abusividad está relacionada con la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, de forma general en aquellos casos en los que debería corresponder a la otra parte contratante (artículo 88.2) o, más concretamente, respecto del incumplimiento del empresario proveedor a distancia de servicios financieros (artículo 88.3) y respecto de las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios (artículo 89.1)<sup>1218</sup>.

Esta normativa, como sabemos, sólo es de aplicación a los contratos con consumidores, pero la Ley de Enjuiciamiento civil contiene un precepto que podría servir para controlar aquellas cláusulas que supusieran un desplazamiento abusivo de la carga de la prueba, siendo de aplicación a todo tipo de contratos, entre ellos los de adhesión y, desde el punto de vista subjetivo, los celebrados entre dos profesionales. Efectivamente, el artículo 217 LEC, en sus apartados 2º y 3º, determina qué hechos corresponde probar al actor y al demandado reconviniendo así como al demandado y al actor reconvenido<sup>1219</sup>, siendo de aplicación *“siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”* (artículo 217.6).

Se ha cuestionado si esta última mención a *“una disposición legal”* se podría referir también a una norma de naturaleza convencional<sup>1220</sup>, lo cual influiría en el carácter necesario o no del precepto. Parece, no obstante, que la doctrina aboga por entender que la distribución trazada por la ley respecto de la carga de la prueba no es materia disponible por

<sup>1218</sup> El artículo 88 en su apartado 2, atribuye la abusividad *“en todo caso”* a las cláusulas que supongan *“la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”*, mientras que el apartado 3 a *“la imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia”*. Por su parte, el artículo 89.1 considera abusivas (también *“en todo caso”*) *“las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”*.

<sup>1219</sup> Artículo 217 LEC: *“2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*.

<sup>1220</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *“Comentario al artículo 217”*, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Barcelona, Iurium, 2000, p. 827.

las partes sino que es *ius cogens*, excluyendo, así, la posibilidad de pactos entre las partes que modifiquen lo dispuesto en el artículo 217 LEC<sup>1221</sup>.

Además de la garantía que supone esta inalterabilidad de una distribución de la carga de la prueba que se presupone como la más justa<sup>1222</sup>, de forma novedosa respecto a la anterior formulación –antiguo artículo 1214 Cc<sup>1223</sup>–, se han incluido expresamente una serie de principios flexibilizadores, recogidos en el apartado 7 del artículo 217 LEC:

*“Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.*

Así, los tribunales, para la aplicación de lo dispuesto en el precepto cuyo estudio nos ocupa, deberán tener presente los criterios de la disponibilidad y facilidad probatoria. De esta suerte, hay que estar a la posición probatoria de las partes, teniendo en cuenta la que se halle más próxima a las fuentes de prueba o al conocimiento de los hechos y la disponibilidad de los medios probatorios.

Se ha definido la disponibilidad probatoria como la situación en la que *“una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él”*, mientras que el principio de facilidad *“exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la*

---

<sup>1221</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 76 – 77, afirma la naturaleza procesal de estas reglas que, por tanto, son *ius cogens* y están excluidas de la disposición de las partes. En el mismo sentido, DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 41 y SERRANO NAVARRO, C., “Las cláusulas abusivas en las condiciones generales de los contratos relacionadas con la carga de la prueba”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 90, abril – junio 2003, p. 267. Para el primero, el hecho de que sólo se exceptione la aplicación de los referidos apartados por mandato de una disposición *“contribuye a cerrar cualquier posibilidad al poder dispositivo de las partes”*. Sin embargo, también se han hecho eco de ciertas dudas: no es tan evidente para MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso...*, op. cit., p. 76, ni para FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., “Comentario al artículo 217...”, op. cit., p. 827, apuntando, éste último, que el hecho de que la legislación de consumidores repunte abusivas las cláusulas que tengan por objeto *“la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”*, *“implícitamente parece estar indicando la validez de las convenidas alterando dicha carga cuando sea en su beneficio”*.

<sup>1222</sup> De ahí que DE LA OLIVA SANTOS, A., “Comentario al artículo 217”, en DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 384, afirme que la clasificación de los hechos que se hace en los apartados 2 y 3 del artículo 217 LEC no es gratuita porque, por ejemplo, *“no resultaría razonable ni equitativo gravar al actor con la carga de probar, además del hecho constitutivo, a) que no se produjo ningún hecho que viciara de nulidad el contrato: b) que no se han cumplido las obligaciones derivadas ordinariamente del citado contrato...”*.

<sup>1223</sup> Artículos 1.214 y 1.215 del Código civil derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero.

*práctica de un medio de prueba, mientras que para la otra parte ésta resulta más fácil o cómoda*”<sup>1224</sup>.

Como manifiesta LUNA YERGA<sup>1225</sup>, esto no implica una inversión de la carga de la prueba pero *“sí evita que la imposibilidad de acreditar un determinado hecho perjudique a la parte que soporta la carga de su prueba pero no tiene una mayor disponibilidad o facilidad para probarlo”*. En este sentido, nos parecen importantes las consecuencias que se pueden extraer del artículo 217.7 LEC respecto de la contratación mediante condiciones generales entre empresarios, ámbito en el que tiene capacidad para desarrollar un papel sustancial como mecanismo de protección de la parte débil. Nótese que el contrato de adhesión es un contrato en el que una de las partes tiene normalmente mayor poder que la otra. Partiendo de esto, la asimetría puede tener un reflejo también en la actividad probatoria, siendo una medida de protección el hecho de que se valore la mejor disponibilidad de probar de una parte respecto de la otra, flexibilizando, en su caso, la posible rigidez de la distribución de la carga probatoria. Esta idea, que ha sido ampliamente defendida en la contratación de consumo, no es ajena al tráfico jurídico mercantil cuando uno de los dos contratantes actúa como predisponente y el otro simplemente se adhiere al negocio jurídico. De este modo, y aunque en una medida que no tiene por qué ser en todos los casos tan evidente como en las relaciones con consumidores, la desigualdad existente entre las partes, el diferente control y conocimiento sobre el producto o servicio por parte de predisponente y adherente y la disparidad entre los recursos y medios para la defensa jurídica de ambos<sup>1226</sup>, también puede estar presente en algunas relaciones entre empresarios.

Aunque, como apunta VALLINES, todas las normas legales sobre la carga de la prueba tienden a inspirarse en los criterios recogidos en el artículo 217.7 LEC, el hecho de que expresamente se incluya, como una norma ubicada al final del precepto que contiene todas las reglas sobre la carga de la prueba y con cierta vocación de afectar al resto (*“para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo”*, reza *ab initio*) tiene sus consecuencias: en caso de conflicto entre una norma sobre la carga de la prueba y

<sup>1224</sup> LUNA YERGA, A., “Regulación de la carga de la prueba en la LEC”, *InDret*, núm. 165, octubre 2003, pp. 11 y ss.

<sup>1225</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 12.

<sup>1226</sup> VALLINES GARCÍA, E., “La protección del consumidor a través de las reglas sobre carga de la prueba”, en CUBILLO LÓPEZ, I. J. (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 238 – 240, considera las normas sobre la carga de la prueba como un instrumento para la protección de los consumidores.

lo que se desprende de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, primarán estos, pudiendo el juzgador, en definitiva, “*diseñar reglas ad hoc sobre carga de la prueba, basadas en la mayor o menor proximidad de los litigantes a las fuentes de prueba necesarias para esclarecer los hechos controvertidos del caso, que gozarán de primacía frente a las reglas legales que resultarían aplicables en un principio*”. El hecho de que el juez pueda tener en consideración las concretas circunstancias de la relación para ponderar la carga de la prueba nos lleva a valorar positivamente la norma como mecanismo de protección real del empresario adherente, cuya posición de debilidad y desventaja respecto de la actividad probatoria puede ser una fuente de abuso por parte del empresario predisponente.

Atendiendo a lo expuesto en líneas anteriores, el juez debería declarar nula aquella cláusula en contratos predispuestos que imponga indebidamente la carga de la prueba al adherente, sin respetar lo previsto en el art. 217 LEC. Y también podría prescindir de la aplicación de una condición que, aún siguiendo ese reparto del art. 217, estuviera imponiendo al adherente en el caso concreto una prueba de extrema dificultad, atendiendo a la disponibilidad y facilidad probatoria de la parte débil de la relación jurídica.

Aunque en un ámbito totalmente distinto, el procedimiento arbitral de consumo, nos parece de interés traer a colación los comentarios de GETE-ALONSO<sup>1227</sup> acerca de la valoración y carga de la prueba en los contratos de telefonía, claro ejemplo de contrato mediante condiciones generales y un caso muy obvio de asimetría de información entre ambas partes. Tal y como se expone en el trabajo, el empresario de telefonía es quien controla el servicio en su totalidad teniendo el consumidor “*escasa, nula o inadecuada información*” y “*dificultad en el acceso a los registros*”. Tienen trascendencia en estos casos, por ello, estos principios flexibilizadores que, según la autora, se deberían traducir en “*exigir un mayor rigor en la prueba que hace, en estos casos, el demandado*”, partiéndose “*de que, precisamente, la fuente de la prueba está bajo su control y disposición*”.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de noviembre de 2005 [JUR\2005\260127] conoce de un contrato de transporte, en el transcurso de cuyo cumplimiento se produce una pérdida parcial de la mercancía por el robo de una parte significativa de los objetos porteados. El órgano jurisdiccional pone de manifiesto la peculiaridad de la materia, en la que la única parte que normalmente está en condiciones de

---

<sup>1227</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)”, *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, pp. 40 – 48.

facilitar una versión de lo sucedido es quien de modo profesional se dedica a la actividad del transporte de las mercancías. Por lo tanto, aunque la norma sea que la prueba de los hechos corresponde al litigante que la reclama, no se deben olvidar los principios de facilidad probatoria, proximidad a la fuente de la prueba y lealtad procesal, *“por lo que no es exigible a la cargadora que demuestre y justifique qué ha sucedido o cuáles son las razones que han motivado la pérdida o deterioro causante del daño que es el origen de la reclamación, pues ello supondría exigirle una prueba imposible, sin que ello resulte equivalente tampoco a excluir la limitación de responsabilidad de modo sistemático, ni a admitir a ultranza una inversión en la carga de la prueba también en este punto, sino a ponderar las circunstancias del caso concreto, valorando las relativas al lugar, tiempo y modo en que tuvieron lugar los extravíos o deterioros denunciados”*<sup>1228</sup>.

## 8. El artículo 54 de la LEC y la sumisión expresa en los contratos de adhesión

Las cláusulas de sumisión expresa, en la medida en que hacen que las partes se obliguen a litigar en determinados lugares, pueden suponer un beneficio desproporcionado para una de las contratantes en detrimento del otro, pudiendo implicar un atentado contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 de la Constitución española<sup>1229</sup>. Esto es lo que lleva al legislador a regular este tipo de pactos sancionándolos con la nulidad, en algunos casos y con base en un carácter imperativo de la normativa al respecto.

Sin embargo, no siempre —e, incluso ahora, no todas— las normas reguladoras de la competencia territorial fueron de naturaleza *ius cogens*. En un primer momento, bajo la vigencia de la LEC anterior, las cláusulas de sumisión expresa eran consideradas como válidas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

Sólo se consideraban nulas aquellas cláusulas de sumisión expresa que violaran los requisitos legales exigidos por la LEC, que el TS concretaba *“en las ideas de claridad y renuncia clara y terminante al fuero propio, por un lado, e igualdad entre las partes por el otro”*<sup>1230</sup>. Ni

<sup>1228</sup> También al hilo de sendos contratos de transporte, SSAP de Sevilla de 13 de noviembre de 2003 [JUR\2003\8254] y de Guadalajara de 2 de noviembre de 2006 [AC\2006\2234].

<sup>1229</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas...*, op. cit., p. 166.

<sup>1230</sup> Acerca de la evolución, ver MORO ALMARAZ, M.J.; APARICIO VAQUERO, J.P., “Comentario a la sentencia de 1 de febrero de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 616 y ss.; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., La consagración legislativa de la ilicitud de las cláusulas de sumisión expresa, *Estudios sobre consumo*, núm. 48, enero 1999, pp. 49 – 68; RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “La cláusula de sumisión expresa y la contratación por adhesión: un supuesto singular. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998”, *Revista de Derecho Privado*, octubre 1999, pp.727 y ss.

quiera se consideraba en contratación con consumidores que, vía artículo 10 LGDCU, existiera un desequilibrio injustificado que pudiera hacer aplicable el concepto de cláusula abusiva<sup>1231</sup>.

En contratación entre empresarios, da el Tribunal Supremo el visto bueno a cláusulas de sumisión expresa como, por ejemplo, a la contenida en el reverso de un albarán o nota de entrega en un contrato de compraventa mercantil de diversos artículos de joyas entre joyeros y, en virtud de la cual, el adherente se sometía *“a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de Córdoba con renuncia de cualquier fuero propio que pudiera corresponderle”* (sentencia de 31 de octubre de 2000 [RJ\2000\8490]), o en un contrato de transporte marítimo y salvamento (sentencia de 16 de mayo de 2008 [RJ\2008\3080]). Falla en el mismo sentido también la jurisprudencia menor: respecto de un contrato de estudios de diagnóstico de grandes empresas (SAP de Barcelona de 30 de julio de 2001 [AC\2001\1744]) o al hilo de un contrato de publicidad (Auto de la AP de Madrid de 17 de noviembre de 2000 [JUR\2001\106000]). En todas ellas, la validez de la cláusula depende, en gran medida, de que se entienda prestado el consentimiento a la renuncia al propio fuero o no. En la resolución de 2008 (que, a pesar de la fecha, resuelve con apoyo en la normativa anterior a la reforma), se entiende conforme a Derecho una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales competentes de Rotterdam en un contrato de transporte marítimo y salvamento porque *“difícilmente podían escapar a su conocimiento y a su consentimiento las condiciones del transporte contenidas en el reverso de los conocimientos de embarque [...] cuando resulta que tanto la forma de insertar tales condiciones como la propia cláusula 5ª de sumisión expresa son usuales en el comercio marítimo”*. Es de notar, sin embargo, que en este caso, se tiene en cuenta también que cláusulas de este tipo no tienen por qué perjudicar siempre a la cargadora asegurada, parte adherente (STS de 16 de mayo de 2008)<sup>1232</sup>.

---

<sup>1231</sup> Así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de junio de 1995, respecto a una cláusula de sumisión expresa en un contrato de adhesión de mantenimiento de ascensores, considerando irrelevante que la cláusula estuviera inserta en un contrato de adhesión y apreciando la no existencia de elementos que hicieran dudar de su legitimidad puesto que se reunían todos los requisitos que se señalaban en el –por aquel entonces– artículo 56 LEC y que no era posible la aplicación preferente del artículo 10 LGDCU porque dicha Ley no podía variar el criterio dirimente de la cuestión de competencia. Ver TORRES LANA, J.A., “Comentario a la sentencia de 29 de junio de 1995”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 39, septiembre – diciembre 1995, p. 1155; MORO ALMARAZ, M.J.; APARICIO VAQUERO, J.P., “Comentario a la sentencia de 1 de febrero...”, op. cit., p. 618.

<sup>1232</sup> En la misma línea que las sentencias citadas, podemos hacer mención de la STS de 19 de febrero de 1993 [RJ\1993\998], en la que se reputa válida una cláusula de sumisión expresa con el argumento de que *“se abarca con una simple mirada, destacando incluso por su situación, todo lo cual obliga a entender que ambas empresas mercantiles actuaron con pleno conocimiento del clausulado y voluntad de sumisión expresa [...]”. Si, pues, no hay confuso contrato de adhesión y los contratantes se encuentran incluso en el mismo plano [...], el negar después la sumisión implica faltar a la buena fe con que se ejecutarán y cumplirán los contratos de comercio”*. Del mismo modo razona el referido Tribunal en la sentencia de 29 de enero de 1997 [RJ\1997\146] siendo el criterio determinante para concluir la validez de una cláusula de sumisión expresa en un contrato de arrendamiento financiero, el hecho de que las firmas de las partes se encuentran ubicadas en la misma cara en la que consta la cláusula sin que, además, pueda entenderse nula por ser contraria a la buena fe



Producto de una clara tendencia doctrinal favorable a la restricción de la admisibilidad de los pactos en los contratos de adhesión, se comienza a producir un cambio en la orientación de la jurisprudencia, que pasa a encontrar problemas en este tipo de cláusulas en la medida en que obligan a la parte débil a *“defenderse y litigar en Madrid (es decir, en un lugar concreto), con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamiento, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante (parte predisponente), que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica”* (STS de 12 de julio de 1996 [RJ\1996\5580], como primer exponente de la nueva corriente<sup>1233</sup>). En la misma línea, sentencias como la de 1 de febrero de 1997 [RJ\1997\672]<sup>1234</sup> o la de 14 de abril de 2000 [RJ\2000\3228]<sup>1235</sup>, reputan la cláusula de sumisión expresa como claramente perjudicial para el adherente débil –consumidores, en estos casos- en la medida en que supone la inclusión de obstáculos –obligatoriedad de pleitear en lugar distinto y puede que alejado de su domicilio, donde se celebró y se desarrolla el contrato- que le disuaden de reclamar sus derechos y le dificultan la defensa de los mismos cuando es demandado<sup>1236</sup>. En contratos de adhesión entre empresarios, las SSTs de 27 de abril de 1998 [RJ\1998\2933] y de 18 de septiembre del mismo año [RJ\1998\6398] reflejan asimismo la voluntad jurisprudencial de proteger a la parte débil con los mismos argumentos frente a estas cláusulas<sup>1237 1238</sup>.

---

o al justo equilibrio. Por su parte, la ya citada STS 31 de octubre de 2000 también se apoya en el formato de fácil lectura de la cláusula, como único texto impreso y en la misma cara del documento en la que tenía que firmar el adherente, la aceptación de que el comprador renuncia a su propio fuero, puesto que *“su lectura debe considerarse inexcusable al comprador receptor de las mercancías”*.

<sup>1233</sup> VALLS LLORET, J.D., “Comentario a la sentencia de 12 de julio de 1996”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, enero – marzo 1997, pp. 85 – 90.

<sup>1234</sup> MORO ALMARAZ, M.J.; APARICIO VAQUERO, J.P., “Comentario a la sentencia de 1 de febrero...”, op. cit., p. 619. Tanto en este supuesto de hecho como en el de la resolución anterior, el órgano jurisdiccional conoce de sendos contratos de mantenimiento de ascensores entre una entidad mercantil y una comunidad de propietarios. El Tribunal Supremo entiende consolidada la nueva línea jurisprudencial que se inició con la sentencia anterior (12 de julio de 1996).

<sup>1235</sup> DELGADO CORDERO, A.M., “Cláusula de sumisión expresa y protección de los consumidores. Comentario a la STS de 14 de abril de 2000”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001, pp. 216 y ss.

<sup>1236</sup> MORO ALMARAZ, M.J.; APARICIO VAQUERO, J.P., “Comentario a la sentencia de 1 de febrero...”, op. cit., p. 619.

<sup>1237</sup> E, incluso, dando la sensación de que recurren al concepto de abusividad de la, en ese momento, reciente LCGC –en ese caso, a nuestro juicio, erróneamente-.

<sup>1238</sup> Una resolución singular en la que se declara la nulidad de una cláusula de sumisión expresa pero por cauces distintos a los del resto de la jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998 [RJ\1998\391]. En este supuesto, la argumentación en base a la que se tiene por no válida la cláusula es el artículo 24.1 de la Constitución española. Este razonamiento parte de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el referido precepto por el hecho de que *“mediante dicha cláusula se escape de la necesidad de aproximar la competencia geográfica y territorial al justiciable, con clara lesión, tutelado*

La LEc actual viene a cerrar el debate otorgando expresamente una mayor protección a la parte débil de los contratos de adhesión en lo que a cláusulas de sumisión expresa se refiere. Así, se incluye dentro de los supuestos en los que no es posible el pacto entre las partes para desplazar los fueros atributivos de competencia territorial. Efectivamente, el artículo 54 LEc, en su apartado primero, establece una serie de excepciones al carácter dispositivo de este tipo de normas, mientras que el apartado segundo, directamente, declara que “*no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios*”. Aunque pueda parecer, en principio, que la prescripción se centra en los consumidores, excluyendo así de la protección a los empresarios adherentes, el enunciado de la primera parte referido de forma genérica a los “*contratos de adhesión*” o a los contratos “*que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes*”, conlleva que cualquier cláusula de sumisión expresa contenida en un contrato de estas características, aún celebrado entre profesionales, estaría viciada de nulidad<sup>1239 1240</sup>.

Aplicación jurisprudencial de esta normativa la encontramos en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 3 de mayo de 2006 [AC\2006\1342], en la que el órgano jurisdiccional aplica directamente el artículo 54 LEc e indirectamente el artículo 8.1 LCGC y declara nula una cláusula de sumisión expresa contenida en un contrato de franquicia<sup>1241</sup>. La STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2013 [RJ\2013\6382], por su parte, reconoce *obiter dicta* la limitación que implica el artículo 54.2 LEc también en contratos entre empresarios (se trata de un contrato de permuta financiera de intereses –SWAP- entre una entidad bancaria y una empresa). Sin embargo, no resulta de aplicación al supuesto concreto ya que se trata de una cláusula de sometimiento a arbitraje (que debía celebrarse en Barcelona según la estipulación mientras que el adherente tenía su domicilio en una localidad de la provincia de León). “*A la vista de que la prohibición contenida en el art. 54.2 LEc se refiere solo a la determinación*

---

por el artículo 24.1 de la Constitución Española”. Comentario y críticas a la sentencia en RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “La cláusula de sumisión...”, op. cit., pp.723 – 739.

<sup>1239</sup> Acerca de ámbito de aplicación subjetivo del artículo 54.2 LEc, GARCÍA PÉREZ, C.L., Comentario al artículo 90, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1173 - 1174. No es de la misma opinión SUÁREZ ROBLEDAÑO, J.M., “Comentario al artículo 54”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Barcelona, Iurgium, 2000, pp. 421 – 422.

<sup>1240</sup> En principio el artículo no matiza y declara la nulidad de este tipo de cláusulas de forma general y en todo caso (siempre dentro de los supuestos previstos). Ahora bien, si la *ratio* de la norma es proteger al adherente, parece que no tendría sentido aplicar esta ineficacia a una cláusula de este tipo que convenga a ambas partes y, por tanto, también al adherente.

<sup>1241</sup> También ante un contrato de franquicia y con los mismos fundamentos jurídicos (arts. 8.1 LCGC y 54.2 LEc), SAP de Madrid de 17 de abril de 2008 [JUR\2008\188215].

*indisponible de la competencia territorial de los tribunales ordinarios y no tiene ningún precepto correlativo en la Ley de Arbitraje*”, argumenta el Tribunal, no hay ninguna normativa prohibitiva al respecto, aunque el arbitraje supusiera la renuncia al fuero territorial<sup>1242</sup>.

## 9. La financiación empresarial. Los intereses en el contrato de préstamo y la Ley de la usura

Que los préstamos financieros son un tipo de financiación relevante para la empresa es un hecho constatado. Según las últimas estadísticas disponibles del INE<sup>1243</sup>, que divide los tipos de financiación empresarial entre préstamos financieros, financiación de capital y otros tipos de financiación (entre los que se encuentran como más importantes el *leasing*, el descubierto en cuenta corriente o línea de crédito, entre otros), el primero y el último son los más frecuentes. Del elenco de fuentes a las que la empresa acude para solicitar préstamos financieros, no sorprende el porcentaje tan sumamente elevado respecto del resto que se atribuye a los bancos: así, en 2010, un 96,8% de empresas que solicitaron préstamos financieros acudieron a un banco, mientras que tenemos que descender hasta el 13,6% para encontrar la segunda fuente, en este caso, préstamos financieros de propietarios y directivos<sup>1244</sup>.

Estas cifras no hacen sino confirmarse si atendemos a las previsiones para los años 2011 – 2013 que realizaba en este estudio el INE (no hay datos posteriores que las confirmen): se estimaba que un 78,5% de las empresas que necesitan financiación, recurrirían a los préstamos financieros, frente al 13,6% que representaría la financiación de capital y el 29,8% de otros tipos de financiación. De nuevo, en las perspectivas futuras del estudio sobre las fuentes de financiación que se necesitarían en estos años, y sin distinguir según tipo de financiación, los bancos figuran a la cabeza (93%), seguidos de las compañías de *leasing* (28,1%).

Si a estos datos sumamos que la previsión que realizaba el estudio para 2011 – 2013 en cuanto a la finalidad a la que se dedicaría la financiación, es que un 89% destinaría parte al

<sup>1242</sup> Al final, el órgano jurisdiccional resuelve la nulidad de la cláusula pero por no superar el control de incorporación de la LCGC ya que no se establece en ella con la necesaria claridad cuál debía ser el lugar del arbitraje “*ni consta que dicha información le hubiera sido facilitada en su día por la proponente a la adherente de cualquier otra forma, de manera que ésta no tuvo la oportunidad real de conocerla de forma completa ni de aceptarla libremente al tiempo de la celebración del contrato*”.

<sup>1243</sup> Ver “Acceso a financiación de las empresas” en [http://www.ine.es/inebmenu/mnu\\_empresas.htm](http://www.ine.es/inebmenu/mnu_empresas.htm)

<sup>1244</sup> Hay que aclarar que las opciones no son excluyentes entre sí.

mero hecho de mantener la marcha del negocio, parece lógico concluir que *préstamos financieros* y *bancos* son elementos imprescindibles para el desarrollo empresarial. Esta relación, en la que en muchas ocasiones la supervivencia de la empresa depende de la financiación que le otorgue el banco o entidad de crédito mediante préstamos –entre otras figuras-, puede dar lugar a abusos por parte del prestamista, como podría ser la fijación de un tipo de interés excesivo o la existencia de un perjuicio desproporcionado para el prestatario a resultas de otras condiciones del negocio jurídico. Y esta impresión se refuerza si tenemos en cuenta que en este tipo de contratos existe una desventaja informativa incuestionable para el cliente, que debe manejar un sinfín de términos y conceptos de difícil acceso y entendimiento y que, además, suelen formalizarse mediante condiciones generales predispuestas por la entidad prestamista.

Ante este escenario, cabe preguntarse, por lo tanto, si el marco normativo permite un control de estas posibles situaciones de desamparo del prestatario cuando tiene la cualidad de profesional. Aunque existen diversos textos legales que tienen por objeto regular contratos de financiación o los servicios bancarios en general, no todos son de aplicación a nuestro supuesto de hecho. De esta manera, las referencias que pueda haber incluidas en el listado de cláusulas abusivas del TRLGDCU solo afectan a los consumidores. Lo mismo podemos decir de la Ley de Crédito al consumo o de la posterior Ley de contrato de crédito al consumo. ¿Qué normas, pues, nos pueden ser de utilidad para controlar abusos de las entidades de crédito con los empresarios?

Aunque de carácter limitado, existe normativa aplicable al sector bancario que tiene trascendencia en cuanto que implica obligaciones a cargo de las entidades de crédito respecto de los contratos celebrados con sus clientes. Así, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, introduce la idea de que una necesaria transparencia en el funcionamiento de los mercados conlleva la existencia de un marco adecuado de protección para los clientes, siendo necesario limitar la asimetría de información de tal forma que puedan adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente<sup>1245</sup>. El ámbito subjetivo de aplicación de esta norma, que tiene por objeto “*garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito*” (artículo 1), se corresponde con los clientes personas físicas (que no estrictamente “consumidores”). Quedan excluidas, así, las personas jurídicas, entre las que podrían estar

---

<sup>1245</sup> Exposición de Motivos de la Orden (párrafo 1º).

pequeñas y medianas empresas que no pueden verse favorecidas por una norma que, al fin y al cabo, establece unos deberes de información que podríamos calificar de básicos<sup>1246</sup>. Incluso respecto de los clientes personas físicas, la norma contiene una previsión especial para los casos en los que actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, en el sentido de rebajar su protección ya que se permite a las partes acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la Orden (artículo 2.4). Con una excepción: lo establecido para los créditos y préstamos hipotecarios (Capítulo II del Título III). Por lo tanto, las partes podrán “acordar” no aplicar las medidas de transparencia incluidas en la norma –es decir, las entidades de crédito no se verán obligadas a tenerlas en cuenta a la hora de redactar sus condiciones generales predispuestas cuando contraten con un cliente persona física profesional- salvo en lo relativo a determinados aspectos de los créditos y préstamos hipotecarios, como la necesaria información precontractual, características de la oferta vinculante, información adicional obligatoria en el caso de determinadas cláusulas, la fijación de los tipos de interés, cálculo de la Tasa Anual Equivalente o el proceso de otorgamiento del préstamo o crédito. Parece, por lo tanto, que aún en este ánimo de reducir el campo de aplicación de la normativa protectora, hay un núcleo que el legislador considera necesario mantener intacto y es el relativo a los créditos y préstamos hipotecarios. Eso sí, a pesar de que el autónomo (persona física) es la forma predominante en la constitución de la pequeña y mediana empresa<sup>1247</sup>, consideramos que hubiera sido preferible elegir una noción de cliente más amplia para no dejar fuera de un marco de protección tan básico -en cuanto necesario- a muchas otras pequeñas y medianas empresas dignas de protección en este sentido<sup>1248</sup>.

<sup>1246</sup> Criticando esta exclusión, MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 13 – 14. Analizando esta normativa de transparencia aunque, en este caso, sorprendido por su aplicación a empresas “que, por definición, disponen de mayores capacidad y recursos para negociar y defenderse ante una entidad de crédito”, MARTÍNEZ ESPIN, P., “Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)”, Centro de Estudios de Consumo, marzo 2012, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), pp. 2- 3.

<sup>1247</sup> Según un estudio del INE acerca de la distribución de las empresas españolas según condición jurídica y crecimiento (2011), la persona física (autónomo) es la que forma que tiene más peso en la constitución de una pequeña y mediana empresa (52,5%), seguida de la Sociedad limitada (34,5%).

<sup>1248</sup> Sin embargo, la Circular 5/2012, de 27 de junio, que desarrolla la citada Orden de 2011, reproduce su ámbito de aplicación, protegiendo solo a los clientes personas físicas y, en el caso de que éstos actuaran en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, permite la posibilidad de pacto respecto de la aplicación o no de su contenido, “con la excepción de lo establecido en sus normas decimotercera a decimoquinta” (norma segunda), esto es, en lo referente a la Tasa anual equivalente, los tipos de interés oficiales y los índices de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

Añadido al ámbito reducido de aplicación, en su caso, de la norma citada, hay otra dificultad para considerarla como un verdadero control de posibles abusos: su naturaleza y las consecuencias del incumplimiento. La interpretación más acorde con la finalidad de la norma –la protección del cliente– sería aquella en la que, siguiendo a VICENT CHULIÁ<sup>1249</sup>, se considerara a las órdenes y circulares normas que regulan contratos privados, con los efectos que esto conlleva en materia de incumplimiento (*“nulidad de los actos contrarios a la norma (artículo 6.3 Cc) y responsabilidad contractual por los daños o perjuicios causados al cliente (artículos 1.101 a 1.108 Cc)”*). El autor descarta, así, valorarlas como normas de naturaleza puramente administrativa, cuya infracción solo acarree sanciones administrativas. Bien entendidas como normas privadas, bien como normas con ciertos efectos privados<sup>1250</sup>, la realidad es que asociar a su incumplimiento por parte de las entidades de crédito una mera sanción administrativa merma en la práctica su valor como criterio de control.

En esta búsqueda de un marco de control respecto del contrato de préstamo cuyo cumplimiento resulte imperativo, una norma de obligada mención es la Ley de Usura de 1908, a la que dedicaremos las siguientes líneas.

Aunque con un ámbito de aplicación más general que el que nos ocupa, a principios del siglo XX se promulga la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908, conocida por todos como la *Ley Azcárate*. Con esta norma se pretendía reprimir conductas abusivas declarando nulo aquel préstamo que estipulara *“un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a cauda de su situación angustiosa, de su inexperiencia [...]”*<sup>1251</sup>.

---

<sup>1249</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, pp. 77 a 79. El autor descarta también la opción de considerarla de naturaleza administrativa pero con efectos jurídico-privados porque, dado que en esencia regula materias de Derecho privado, *“parece más coherente decir que son esencialmente normas privadas, reguladoras de los contratos bancarios, reforzadas por medidas administrativas, de vigilancia y sancionadoras –estatales o autonómicas– y no a la inversa, normas administrativas con efectos reflejos jurídico-privados”* (p. 78).

<sup>1250</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente...*, op. cit., p. 21, señala esta opción.

<sup>1251</sup> Aunque nos hemos centrado en la primera parte del precepto, el texto completo de este artículo primero de la norma reza del siguiente modo: *“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en el que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”*. El legislador hace

De la breve tramitación parlamentaria de la norma<sup>1252</sup> –apenas un año– podemos destacar las alusiones a ordenamientos jurídicos vecinos, como el alemán, austríaco, inglés o sueco, como ejemplos de sistemas en los que se había ya pretendido poner coto a los “abusos escandalosos de los prestamistas”, tal y como se señala en el Discurso que precede a la Proposición de Ley, discurso en el que se cita también como inspiración “*el espíritu de los artículos 1.255, 1.265, 1.276, 1.303 y 1.305 del Código civil*”<sup>1253</sup>. Sin embargo, el sistema de control que instaure la norma española, a diferencia de otros ordenamientos, no se basa en la fijación de un límite superior objetivo de los tipos de interés sino que remite a un sistema de fijación judicial, más flexible en cuanto a que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta las circunstancias de cada momento y de cada supuesto de hecho concreto. De este modo, el artículo 2 de la norma expresamente indica que “*los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes*”<sup>1254</sup>.

---

referencia en este precepto a diversos tipos de préstamos usurarios que doctrina y jurisprudencia tradicionalmente ha diferenciado en tres: aquellos en los que el interés pactado es superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; aquellos en los que resulte leonino teniendo en cuenta las circunstancias personales de angustia financiera, inexperiencia o facultades mentales limitadas del prestatario; aquellos en los que se suponga recibida una cantidad mayor que la entregada efectivamente. Entre otros, SABATER BAYLE, I., *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Aranzadi, Navarra, 1986, pp. 202 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., “La usura: un viejo problema...”, op. cit. pp. 5 y ss.; *La protección frente a las cláusulas abusivas...*, op. cit., pp. 136 – 137; BASOZABAL ARRUE, X., “Comentario a los artículos 1740 a 1757”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1900; MONSERRAT VALERO, A., “Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011.

<sup>1252</sup> Recogiendo la discusión parlamentaria de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, SABATER BAYLE, I., *Préstamo con interés, usura...*, op. cit., pp. 136 y ss. Acerca de la Ley, entre otros, VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, EUB, Barcelona, 2002, pp. 128 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 62 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., “La usura: un viejo problema...”, op. cit., pp. 4 y ss.; *La protección...*, op. cit., pp. 133 y ss. Acerca de los precedentes históricos, MARÍN GARCÍA, P. “Comentario a los artículos 1740 a 1757”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 118 y ss.

<sup>1253</sup> SABATER BAYLE, I., *Préstamo con interés, usura...*, op. cit., pp. 149 y ss.

<sup>1254</sup> En el ordenamiento jurídico alemán la voluntad de proteger a los prestatarios frente a tipos de interés demasiado elevados llevó a la promulgación de la Ley de usura de 1880 aunque, ante la generalización de su uso más allá de los contratos de préstamo de dinero, el legislador decidió incorporar la regla en el BGB, dando lugar al § 138.II (ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Traducido por ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch; Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2008, pp. 195 y ss.). Este apartado es precedido de otro (§ 138.I BGB) en el que se declara la nulidad de aquellos contratos contrarios al orden público y las buenas costumbres (“*Sittenwidrigkeit*”), de carácter más abierto e indefinido y al que tendremos oportunidad de referirnos en los epígrafes correspondientes a la moral y orden público como límites a la autonomía de la voluntad. El § 138.II exige para que tenga lugar la figura de la usura (“*Wucher*”), por una parte, que en el contenido del contrato se constate una evidente desventaja de una de las partes debido a que los valores de la prestación y la contraprestación son manifiestamente desproporcionadas entre sí y, por otra, que la parte beneficiada por eso se haya aprovechado de la angustia o aprieto (“*Zwangslage*”), inexperiencia (“*Unerfahrenheit*”), falta de criterio (“*Mangel an Urteilsvermögen*”) o debilidad de voluntad (“*erhebliche Willensschwäche*”) o de la parte perjudicada. Se trata, por tanto, de un caso concreto de contrato contra *bonos mores*, aunque con un ámbito de aplicación más restringido, teniendo como consecuencia la invalidez del contrato. MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A comparative treatise*, 2ª ed., Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 249, considera § 138.II BGB piedra angular del Derecho privado

Se trata, la de la represión de la usura, de una norma totalmente vigente en la actualidad<sup>1255</sup> y respecto de cuyo ámbito de aplicación nos interesa resaltar dos notas. Por una parte, que no limita sus efectos a los contratos de préstamo mediante condiciones generales, siendo indiferente si se trata de un contrato negociado o no, aunque, eso sí, solo respecto de contratos de préstamo, o, como apunta el artículo 9 de la norma, respecto de “*toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido*”<sup>1256</sup>.

---

alemán así como una expresión de la concepción contractual de justicia al rechazar la idea de que los contratos puedan ser controlados sobre la base de un justo precio, aplicando solo el parámetro de intercambio justo. Además, *vid.* MAYER-MALY, T., § 138, en JÜRGEN, F. (redactor), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240*, 3 ed., Beck, München, p. 1174.

<sup>1255</sup> Afirman la constitucionalidad y vigencia de la norma DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 458 – 460; MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 263 – 267; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica...*, op. cit., pp. 62 – 65. Es más, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El Supremo confirma que el control de las cláusulas predispuestas no afecta al precio, 26 de julio de 2012”, <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com>, llama la atención sobre una de las declaraciones de interés que se pueden extraer de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 [...] (volveremos sobre ella con más detenimiento) y que es “*que la Ley de Usura “encaja” perfectamente en un ordenamiento como el actual que trata de garantizar la justicia de las transacciones mediante la protección del consentimiento*”. En este sentido, señala el Tribunal: “*De este modo, el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos*”.

<sup>1256</sup> La doctrina ha barajado extender la aplicación tuitiva de la norma a otros negocios jurídicos como la venta con pacto de retro, la carta de gracia del Derecho catalán, el *leasing* o el *lease back*. *Vide* MÚRTULA LAFUENTE, V., “La usura: un viejo problema...”, op. cit., pp. 13 y ss.; 33 y ss.; *La protección frente a las cláusulas...*, op. cit., 143 y ss.; UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal...*, op. cit., pp. 122 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica...*, op. cit., pp. 94 y ss.; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 750, siendo el argumento fundamental para incluir dentro del ámbito de la Ley de Usura estos negocios jurídicos su finalidad o naturaleza financiera y la afinidad con el préstamo que implica.

Respecto del *leasing*, la jurisprudencia tiene una posición vacilante a la hora de reconocer la aplicación de la norma de 1908. En la sentencia de 8 de junio de 2006 [RJ\2006\8178], el Tribunal Supremo afirma que “*no hay que acudir a la doctrina de la simulación relativa en el sentido de que el contrato de leasing encubre un préstamo, ya que la Ley de usura se aplican todo contrato u operación equivalente a un préstamo de dinero, como dispone el artículo 9 de la Ley de 23 de julio de 1908*” de lo que se puede deducir una postura favorable a entender el contrato de leasing como sujeto a la norma. Puede colegirse la misma conclusión de otras resoluciones como la de 27 de mayo de 1997 del mismo órgano jurisdiccional [RJ\1997\4126], o las de la Audiencia Provincial de Alicante, de 26 de abril de 2006 [AC\2006\878], Islas Baleares, de 17 de enero de 2007 [JUR\2008\125362], Murcia, de 7 de abril de 2011 [AC\2011\1181], en las que niegan la aplicación de la Ley de la Usura por tratarse de intereses no calculados conforme a la base prevista en ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito o por tratarse de intereses moratorios, respectivamente, pero sin poner como obstáculo que el tipo de contrato no fuera subsumible en el artículo 9 de la norma. Sin embargo, por el contrario, el Tribunal Supremo se ha manifestado expresamente contrario a entender el *leasing* como un contrato equivalente al préstamo en sentencias como la de 17 de marzo de 1998 [RJ 1998\1351], o de 2 de febrero de 2006 [RJ\2006\494]. En la primera, el Tribunal entiende que “*hay que tener en cuenta que el contrato de arrendamiento financiero, no puede ser calificado de préstamo, pues tiene causa distinta, está reconocido legalmente, y se recurre a él por razones de financiación y también por razones fiscales. Aunque vaya precedido de una compraventa del inmueble por el que luego será arrendador financiero, no cabe equipararlo a las ventas con pacto de retro, también lícitas pero próximas, en ocasiones, a los préstamos*



Por otra parte, la Ley de 1908 afecta a todo tipo de prestatario, esto es, tanto si ostenta la cualidad de consumidor como si es profesional. Es señalada tradicionalmente como punto de inflexión en la admisión de la aplicación de la Ley de Usura a los contratos mercantiles la sentencia de 13 de febrero de 1941 [RJ\1941\147], que reconoce que, “*si bien la jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidas veces que no basta para la aplicación de la ley sobre usura que el interés pactado exceda del normal del dinero, en particular si el contrato de préstamo o similar reviste carácter mercantil o, más singularmente, si el capital se destina a operaciones industriales de problemático resultado*”, “*no es posible interpretar esta doctrina en términos tan absolutos que queden siempre al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, como se mantiene en el recurso, porque ni la letra de la ley lo admite, ni el espíritu de la norma lo consiente, ni la jurisprudencia lo autoriza en términos tan radicales, sino que, aun en esa esfera, cercena la libertad de*

---

*encubiertos y con la garantía de la finca, y hasta puede decirse que es una simple figura del «constitutum possessorium», conocido ya en el derecho romano, y según el cual un poseedor propietario, pasa a ser poseedor por distinto título, como puede ser y aquí es, de arrendatario, además de aspirante a propietario por pago de mensualidades y el precio de residuo. Por todo ello, si no hay préstamo, si no hay negocio que encubra préstamo ni abuso de situación angustiosa, el motivo deber ser rechazado, en cuanto pretende la nulidad de los contratos”.*

En cuanto a la segunda resolución señalada, la STS de 2 de febrero de 2006, no solo hace referencia al *leasing* sino, en mayor medida, al *lease-back* y su relación con la Ley de la Usura, siendo una sentencia ilustrativa de las posiciones mantenidas al respecto por la jurisprudencia respecto de este último contrato. Pone de manifiesto que hay sentencias en uno y otro sentido en función de las circunstancias concretas de cada operación siendo las dos opciones existentes entender que el *lease-back* mantiene las características y finalidad económico-social propia del contrato de arrendamiento financiero, esto es, con una autonomía respecto del préstamo puro o bien concluir que se trata de un negocio de fiducia en el que la transmisión de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con la posible aplicación de la Ley de Usura —*a sensu contrario*, para el Tribunal no le sería aplicable la norma al *leasing*—. Entre los elementos que han de ser valorados para determinar una u otra opción cita el órgano jurisdiccional la naturaleza del arrendador y arrendatario financiero (empresa dedicada habitualmente a la concertación de contratos de esta naturaleza, el primero, persona física o jurídica dedicada a la realización de actividades mercantiles comprendidas en el ámbito del objeto del contrato, el segundo); la naturaleza y características del bien objeto del contrato (aptitud para realización de actividades agrícolas, industriales, etc.); la existencia de una compraventa previa ligada al arrendamiento financiero; voluntad de las partes que fundamentalmente pretenden procurar al arrendatario la continuación en el uso del bien objeto del contrato; razonable duración del contrato en atención a su finalidad; equilibrio entre el precio de compraventa, el fijado en el arrendamiento financiero como valor del bien y la sustancial equivalencia de las sumas así como el carácter homogéneo o progresivo de la amortización; equilibrio entre las prestaciones establecidas en función de la amortización del bien y la carga financiera, según las circunstancias del contrato; reconocimiento de una opción de compra a favor del arrendatario financiero por un precio equivalente a su valor residual. En el supuesto concreto concluye el Tribunal que no se aprecian los elementos necesarios para considerar la operación realizada como sustancialmente equivalente a un contrato de préstamo y, en consecuencia, como susceptible de ser sometida a la disciplina de la norma. Estos argumentos resultan poco convincentes a juicio de CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos...*, op. cit., p. 1054, dado que se centran en la fase del *lease-back* que se corresponde con el arrendamiento financiero y desconocen que la operación, en su globalidad, encubre un préstamo garantizado con una venta, lo que permite al deudor recurrir a la Ley de la Usura cuando el interés del dinero fuera manifiestamente desproporcionado. Crítica con la resolución también PARRA LUCÁN, M. A., “*Lease-back inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006*”, *Nul: comentarios de sentencias*, núm. 3, 2007.

*contratación, y no obstante reconocer mayor tolerancia en operaciones presididas por la idea de lucro y, sobre todo, por razón del riesgo de pérdida o de recuperación del dinero prestado, no ha perdido de vista la ilicitud del interés notoriamente desmedido”.*

Como hemos señalado, la Ley confiere una gran libertad a los tribunales para calificar un préstamo como usurario, atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto. Es evidente que cuando la relación a juzgar lo sea entre empresarios los criterios a los que hay atender o, mejor dicho, el nivel de exigencia de dichos criterios debe ser diferente. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que *“las operaciones mercantiles no quedan al margen de la Ley de Usura de 23 julio 1908, aunque al estar las mismas presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad de contratación y aplicarse la norma especial tan sólo cuando circunstancias muy cualificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso”*<sup>1257</sup>. Así lo ha entendido también la doctrina, que hace referencia a una necesaria mayor flexibilidad justificada por los riesgos empresariales o el mayor beneficio que puede obtener el prestatario como consecuencia de la inversión del capital prestado<sup>1258</sup>. En esta línea, la STS de 7 de noviembre de 1990 [RJ\1990\8531], al hilo de un préstamo mercantil, entiende que el interés no es usurario porque está dentro de lo establecido por la legalidad vigente en ese momento, la práctica y sus usos mercantiles: *“la calificación negativa de la Sala se refuerza por un elemento de explicación justificativa de ese interés pactado, en razón a la dedicación de la actividad económico-empresarial con fines a la obtención de un lícito agiotaje en la inversión a realizar con tales préstamos con la mira a obtener “probables grandes beneficios”*.

Efectivamente, entre las pautas a las que han recurrido los Tribunales para apreciar o no la existencia de intereses usurarios –además de tener en cuenta el interés legal y del mercado del momento–, se pueden identificar el destino del capital, los beneficios futuros o el riesgo que sufre el prestamista plasmado en la existencia o no de garantías de la obligación, su cuantía y naturaleza o en la existencia de otras cargas o gravámenes<sup>1259</sup>. Así, a modo de

---

<sup>1257</sup> STS de 8 de noviembre de 1994 [RJ\1994\8477]. El órgano jurisdiccional entendió en el supuesto de hecho concreto –cuyo objeto son diversos contratos de préstamo entre entidades mercantiles y una caja de ahorros–, que unos intereses pactados que oscilaban entre el 6% y el 19% no merecían la calificación de usurarios.

<sup>1258</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses...*, op. cit., p. 272; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Consecuencias del cobro excesivo de intereses”, en VVAA, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, p. 682; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica...*, op. cit., p. 68.

<sup>1259</sup> En esta línea y aunque, como se ha advertido en la nota a pie de página núm. 1256, la jurisprudencia es dudosa respecto de la aplicación de la norma de represión de la Usura al contrato de *leasing*, nos parece de

ejemplo, la ya citada STS de 7 de noviembre de 1990 [RJ\1990\8531] tiene en cuenta para desechar el carácter usurario de un préstamo mercantil la práctica, los usos mercantiles así como el destino del capital. Por el contrario, a la conclusión inversa llega el mismo órgano jurisdiccional en la sentencia de 7 de mayo de 2002 [RJ\2002\4045] al valorar las circunstancias en las que se había pactado un préstamo mercantil, no pudiendo deducir de la hipoteca constituida por el prestatario -de valor muy superior a la cantidad que debía devolver- que el riesgo no estaba cubierto: “*el que el préstamo litigioso sea mercantil no evita el anormal interés pactado, que sobrepasa lo que es un lucro razonable*”. Por su parte, el Tribunal, en su sentencia de 18 de junio de 2012 [RJ\2012\8857] y conociendo de un contrato de préstamo hipotecario, razona que el interés estipulado no excedía, en su fecha, del que venían exigiendo otras entidades crediticias y que “*tampoco podía considerarse desproporcionado pues pese a la garantía de la hipoteca se daba la existencia de otras cargas y gravámenes anteriores que aumentaban el riesgo crediticio de la operación*”.

Fuera del ámbito de la Ley de Usura, teniendo en cuenta el tipo de contratación que nos ocupa, entre empresarios y mediante condiciones generales, sólo quedaría el recurso a uno de los dos controles de la LCGC: por representar el interés retributivo el precio del contrato, esto es, un elemento esencial, cabría su inclusión en el control de incorporación<sup>1260</sup>. De esta

---

interés en este punto traer a colación el matiz que introduce UREÑA MARTÍNEZ (*La cláusula penal...*, op. cit., pp. 135 – 136) en la valoración de los intereses de este tipo de contrato como usurarios –partimos de que la autora admite que, por afinidad entre préstamo y *leasing*, sí que podrían ser considerados como tal-. Según apunta, lo excesivo del interés hay que evaluarlo en relación con los intereses para este tipo de operaciones financieras y no con los intereses pactados en préstamos ordinarios: si hay que tener en cuenta las cargas y las garantías concretas, no se puede perder de vista que los intereses que se pacten en cualquier *leasing* suelen ser superiores a los pactados en un préstamo en la medida en que el riesgo que asume la sociedad arrendadora es mayor puesto que ha comprado un bien concreto que ha solicitado y designado el usuario.

<sup>1260</sup> En realidad, en este punto concreto no tiene tanta relevancia la diferencia de régimen respecto de la contratación con consumidores en la medida en que el razonamiento a aplicar es, en principio, el mismo: al tratarse los intereses remuneratorios de un elemento esencial, quedan excluidos del control de contenido regulado en el TRLGDCU. Aunque excede del objeto que nos ocupa, una interesante sentencia en la que se analiza la cuestión de la concurrencia de la normativa sobre Usura y sobre Protección de consumidores es la STS de 18 de junio de 2012 [RJ\2012\8857], comentada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El Supremo confirma que el control de las cláusulas predispuestas no afecta al precio”, 26 de julio de 2012, <http://derechomercantilespana.blogspot.com>; y ALVALREZ OLALLA, P., “No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE”, *Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal*, vol 1, núm. 11, marzo, 2013, pp. 51 – 60. Acerca de la posibilidad de control del objeto principal del contrato mediante la normativa de cláusulas abusivas en contratos con consumidores y teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos, tanto del TSJUE como del Tribunal Supremo, CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Centro de Estudios de Consumo*, mayo 2013, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco). Tal y como señala el autor, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, quiere reforzar la idea de que no cabe un control material de dichas cláusulas como abusivas, sino tan solo un control de transparencia.

manera, como apunta MÚRTULA LAFUENTE<sup>1261</sup> –aunque refiriéndose al TRLGDCU, pero entendemos de extensión a la LCGC que sí que ampara los contratos mercantiles-, cabría la posibilidad de un enjuiciamiento a través de este control de aquellas cláusulas “*cuando no hubieran sido redactadas de una manera clara y comprensible para el adherente medio y llevaran a una alteración del interés final que debe de pagar el consumidor del crédito*”. “*En este sentido*”, prosigue la autora, “*hay que tener presente que resulta relativamente frecuente que las cláusulas sobre intereses y comisiones y su alcance no sean realmente conocidas por el consumidor en el momento de la celebración del contrato [...] y ello lleve a la alteración final de la cuantía del interés*”.

Hasta aquí, nos hemos referido al control del interés retributivo del contrato de préstamo, que está sujeto sin dudas a la Ley de Represión de la Usura<sup>1262</sup>. Pero, ¿qué ocurre con el moratorio? ¿Está incluido dentro del ámbito de aplicación de la referida norma?

Antes de entrar a valorar esta posibilidad, conviene recordar, siquiera someramente, que la mora del deudor comporta unos efectos que el artículo 1.108 Código civil, como sabemos y para el caso de las obligaciones pecuniarias a falta de pacto, concreta en el pago del interés legal<sup>1263</sup>. Sin embargo, las partes pueden pactar –y así se hace frecuentemente, para fijar un interés superior- un porcentaje diferente mediante la inserción de una cláusula de intereses de demora. Pacto que también puede configurarse bajo la fórmula de una cláusula penal, lo que podría tener sus consecuencias en cuanto al control de los excesos al poder recurrir a dos vías ya analizadas en estas páginas y ajenas a la Ley de la Usura: por una parte, mediante el artículo 1.154 Código civil –cuestionable para nosotros dada la postura que hemos mantenido acerca de la necesidad de que el incumplimiento sea parcial para que sea susceptible de moderación la cláusula penal y del funcionamiento de los intereses moratorios, que entran en juego cuando se produce un retraso<sup>1264</sup>- y, por otra, a través del artículo 1.103 Código

---

<sup>1261</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., “La usura: un viejo problema...”, op. cit., pp. 22 y ss.; *La protección frente a las cláusulas abusivas...*, op. cit., pp. 75 y ss.

<sup>1262</sup> Mucho se ha escrito acerca del concepto de interés de la Ley de Usura y lo que incluye. Dejando a un lado el problema de los intereses moratorios, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado, no por un concepto amplio de interés, que reflejara el coste real o la rentabilidad del prestamista, incluyendo gastos y comisiones, sino, la mayoría de las veces, por una noción estricta en la que tiene cabida tan solo el tipo nominal. De este modo, como apunta parte de la doctrina, se está obviando que muchos de los abusos de las entidades de crédito se producen a través de los conceptos de comisiones y gastos, no tenidos tanto en cuenta por los clientes a la hora de contratar. *Vide* MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses...*, op. cit., pp. 274 y ss.; PETIT LAVALL, M. V., “El interés usurario y la normativa de transparencia bancaria. Comentario a la STS de 7 de marzo de 1998”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, p. 184; VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación...”, op. cit., pp. 79 y ss.

<sup>1263</sup> *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al artículo 1108”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 62 – 64.

<sup>1264</sup> Nos remitimos a lo dispuesto en este trabajo en el apartado correspondiente a la moderación de la cláusula penal. BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo...*, op. cit., pp. 94 – 94, 101: “*el interés moratorio punitivo resulta moderable cuando la pena se haya determinado en función de un grado de*

civil<sup>1265</sup>. En ocasiones, es difícil deslindar una figura de otra<sup>1266</sup>. Saber si los intereses moratorios que se han pactado, son simplemente intereses moratorios, aunque excedan del interés legal del dinero y del interés retributivo que se ha fijado en el contrato –lo normal, repetimos-, o bien si ese exceso corresponde a la configuración del pacto como una cláusula penal, con una intención sancionadora, no es tan sencillo<sup>1267</sup>. Para distinguir entre una figura y otra, la doctrina ha recurrido a la voluntad de las partes y a las circunstancias concretas del caso aunque siendo conscientes de las limitaciones que estos criterios presentan<sup>1268</sup>.

Para el supuesto que nos ocupa –su control-, consideramos que no tendrá tanta relevancia la distinción entre mero pacto de intereses moratorios indemnizatorios y cláusula penal. Por una parte y como hemos dejado anotado, porque siendo coherentes con lo que mantuvimos respecto del artículo 1.154 Cc y la moderación judicial de la cláusula penal, es complicado que pueda darse el supuesto de un incumplimiento parcial cuando de un retraso se trata, de tal forma que, limitando la posibilidad de aplicación de este precepto a los casos de incumplimiento parcial, no tendría cabida el control de intereses excesivos por moderación del juez. Es decir, este mecanismo “extra” de control asociado a la cláusula penal no supondría una diferencia a tener en cuenta porque para nosotros no es posible. Por otra parte, porque para nuestra argumentación de una posible aplicación de la Ley de Usura, bien a un pacto de intereses moratorios, bien a una cláusula penal moratoria, no va a ser relevante la institución ante la que nos hallemos. Volveremos sobre la cuestión.

---

*incumplimiento o de daño previsible que, producido el incumplimiento y el daño, sólo concurren “en parte””.*

<sup>1265</sup> Cuando se trate de un contrato con consumidores, resulta de aplicación, asimismo, la tutela prevista en el TRLGDCU. Señalando estos cauces de control paralelos a la Ley de Usura, entre otros, MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses...*, op. cit., pp. 276 – 277; “La usura: un viejo problema...”, op. cit., p. 10; BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo...*, op. cit., p. 92; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica...*, op. cit., pp. 83 y ss.

<sup>1266</sup> No es así, como señala RUIZ-RICO RUIZ, “Comentario al art. 1108”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989 (<http://vlex.com/vid/articulo-1-108-228564>), pp. 51 y ss., en aquellos casos en los que la deuda principal cuyo pago se retrasa no sea una deuda pecuniaria o en los que, siendo pecuniaria, la pena establecida consista en una suma global que no guarda relación con la cuantía de la deuda principal ni con el tiempo transcurrido (con matices, como señala el autor y DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula...*, op. cit., pp. 39 - 40).

<sup>1267</sup> Y la cuestión se complica más, a nuestro juicio, si tenemos en cuenta, como ya hemos visto, las diversas funciones que puede desempeñar una cláusula penal. Citando, por ejemplo, a COCA PAYERAS (COCA PAYERAS, M., Voz “Cláusula penal”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1994, p. 1055) o, más recientemente, a DÍAZ ALABART (DÍAZ ALABART, S. *La cláusula penal...*, op. cit., pp. 67 – 69 y 171 y ss), la cláusula penal puede desarrollar, sintetizando, una función de garantía de cumplimiento de la obligación principal, una función de posibilitar el desistimiento del cumplimiento de esta obligación principal y, asimismo, una función liquidadora de los daños y perjuicios que el cumplimiento tardío –en este caso de mora- ocasione al acreedor. En esta última faceta, sustitutoria de la indemnización y abono de intereses, la función se solapa con la propia del pacto de intereses moratorios, persiguiendo cuantificar los daños *a priori* para evitar problemas futuros en la concreción de su cuantía (DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula penal...*, op. cit., p. 58, estima más correcto referirse a esta función, no como liquidatoria, sino “como estimativa del daño, o de previa determinación del daño, resarcitoria o términos similares”).

<sup>1268</sup> RUIZ-RICO RUIZ, “Comentario al art. 1108...”, op. cit., pp. 52 y ss.; MESA MARRERO, C., “Intereses moratorios: entre la usura...”, op. cit., p. 203.

Retomando el interrogante acerca de la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios, a juicio de la jurisprudencia mayoritaria la respuesta debería ser negativa. La sentencia estandarte de esta postura es la de 2 de octubre de 2001 [RJ\2001\7141] que entiende que los intereses moratorios no son encuadrables en la Ley de 23 de julio de 1908 al seguir un concepto restringido de interés, según el cual, cuando la norma habla de intereses hace referencia a los intereses retributivos y no a los moratorios, de diferente naturaleza: *“los intereses de demora no tienen la naturaleza de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908”*<sup>1269</sup>.

Efectivamente, los argumentos que avalan la postura contraria al control de los intereses moratorios mediante la Ley de Usura se basan en la diferente naturaleza de éstos respecto de los retributivos: mientras que los intereses retributivos se configuran como la contraprestación por la utilización de capital ajeno dentro del normal desenvolvimiento del contrato, los intereses moratorios requieren un comportamiento incumplidor previo del prestatario. Esta diferente naturaleza ha sido puesta de relieve por el Tribunal Supremo, que sitúa a los intereses retributivos –recordemos, los únicos susceptibles de ser considerados como usurarios según esta postura- en consonancia con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones, devengándose, en cambio, los intereses moratorios *“por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable”* y sirviendo su aplicación tanto para *“reparar [...] como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario [...]”*<sup>1270</sup>.

Dicho esto, no es menos cierto que no se trata de una postura sin fisuras. La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 13 de abril de 2011 [AC\2011\519], a pesar de que se pronuncia en contra del carácter usurario del interés de demora indicando que *“[...] la jurisprudencia, con alguna excepción, no considera aplicable la norma contra la usura*

---

<sup>1269</sup> En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2011 [RJ\2012\1126], de 4 de junio de 2009 [RJ\2009\4747], sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de marzo de 2013 [JUR\2013\219742], sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de diciembre de 2007 [VLEX-38459591] y 9 de mayo de 2008 [VLEX-40561916], sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 21 de enero de 2011 [JUR\2012\343748], sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 13 de abril de 2011 [AC\2011\519].

<sup>1270</sup> STS de 2 de octubre de 2001 [RJ\2001\7141].

*más que a los intereses remuneratorios (STS de 2 de octubre de 2001 y 4 de junio de 2009)”, concluye que “se estará a lo que es jurisprudencia, reconociendo, sin embargo las vacilaciones que tal resolución implica y que han motivado que en la doctrina de las Audiencias Provinciales también se haya optado a veces por aplicar esta norma a los intereses de demora”.*

Ejemplos de estas “vacilaciones” se pueden encontrar en la jurisprudencia menor<sup>1271</sup>, aunque también el Tribunal Supremo se ha manifestado en alguna ocasión a favor de la inclusión de los intereses moratorios en el ámbito de la Ley de Usura. Así, es conocida la sentencia de 7 de mayo de 2002 [RJ\2002\4045], que tiene por objeto precisamente un préstamo mercantil en el que se pacta un interés de demora del 30% sobre el principal e intereses, además de una cláusula de estabilización del 10% del importe adeudado. El Tribunal, aunque *obiter dictum*<sup>1272</sup>, afirma que “*por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir*” –matiza el órgano- “*su clase o naturaleza*”.

Ahondando en este argumento y en busca de la aplicación de la norma que nos ocupa a los intereses de demora, algún autor ha razonado que la distinta caracterización entre ambos tipos de intereses no es razón suficiente para excluir a los moratorios de la Ley de Usura puesto que, en el fondo, también en éstos concurren las características esenciales de cualquier tipo de prestación de intereses y del mismo modo compensan al acreedor por la indisponibilidad del capital prestado, que lo sigue estando en el tiempo que excede desde la fecha fijada para el cumplimiento y hasta el cumplimiento efectivo<sup>1273</sup>.

Por nuestra parte, para intentar avanzar en este planteamiento nos parecen reveladoras algunas sentencias recientes que introducen en la relación entre la Ley de Usura y los intereses moratorios ciertos matices, a nuestro juicio, muy interesantes. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 2 de junio de 2010 [JUR\2010\250691] conoce de

<sup>1271</sup> A modo de ejemplo, sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de febrero de 2006 [AC\2006\769] y de la Audiencia Provincial de Murcia de 11 de marzo de 2003 [JUR\2003\197418].

<sup>1272</sup> El Tribunal primordialmente anula el préstamo enjuiciado en atención a un interés remuneratorio pactado del 29%, muy alejado del por entonces usual en el mercado de 14-16%.

<sup>1273</sup> MESA MARRERO, C., “Intereses moratorios: entre la usura y la cláusula penal. Comentario a la STS de 2 de octubre de 2001”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002, p. 202. Abogando por la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios convencionales, también RUIZ-RICO RUIZ, “Comentario al art. 1108...”, op. cit., p. 51; VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses...*, op. cit., p. 136.

un préstamo hipotecario que se había suscrito para la compra de una vivienda<sup>1274</sup>, siendo el importe 183.131,25 euros de principal, el plazo de devolución 12 meses, el interés ordinario el 6 por ciento anual a liquidar en una sola cuota al vencimiento del préstamo y el moratorio el 24 por ciento, también anual pero devengado mensualmente. El órgano jurisdiccional se pronuncia respecto de la posibilidad de anular el préstamo en virtud de la Ley de 1908 y el ámbito de aplicación de ésta respecto de los intereses de demora:

*“Se ha discutido en el ámbito doctrinal y jurisprudencial acerca de si la Ley de usura alcanza solo a los intereses remuneratorios o también a los moratorios, recayendo sentencias de distinto signo tanto en el ámbito de esta Audiencia como en el propio Tribunal Supremo [...]. **La opción por uno u otro criterio, a juicio de esta Sala, no puede desconectarse de las circunstancias concretas del caso enjuiciado***<sup>1275</sup>. Así, ha de valorarse que los intereses moratorios, como sancionadores, son habitualmente superiores a los remuneratorios, pero ello no impide calificarlos como desproporcionados o notoriamente abusivos en casos como el presente, dada su elevadísima cuantía en relación al normal del dinero. Por otra parte, no puede desconocerse que el escaso plazo pactado para la devolución, inhabitual en préstamos de esta naturaleza y cuantía, y el que no se preveyeran pagos fraccionados, determinaba la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, sustituyendo así al que, en condiciones normales, debía ser el remuneratorio. De ahí que, de mantenerse la tesis de que la ley de 1908 no es aplicable a esta clase de intereses sancionadores, se estaría propiciando, al menos en este supuesto, una actuación contraria a lo que la propia norma trata de evitar. Situación cercana sino incardinable en el fraude de ley, proscrito en el artículo 6 del Código Civil, que no puede impedir la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”.

La Audiencia aboga claramente por la aplicación de la norma represora de la usura al supuesto de hecho, no por unos intereses remuneratorios altos sino por los intereses de demora, en conjunción con otros factores relacionados con las circunstancias y condiciones del préstamo. Como señala el órgano jurisdiccional, hay que estar al caso concreto para admitir o no la extensión de la norma a los intereses moratorios, siendo relevante, en este préstamo, el elevado interés en sí mismo pero también el plazo pactado de devolución en relación con el importe nominal del negocio jurídico lo que, repitiendo el razonamiento de la Audiencia *“determinaba la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, sustituyendo así al que, en condiciones normales, debía ser el remuneratorio”*.

---

<sup>1274</sup> Evidentemente, no se trata de un contrato entre empresarios.

<sup>1275</sup> La negrita es nuestra.



Idéntica reflexión fundamenta el fallo de la sentencia del mismo órgano con fecha 20 de julio de 2010 [JUR\2010\302747]. Se trata de nuevo de un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda, con un interés remuneratorio, en este caso mayor, el 10 por ciento semestral (20 por ciento anual), un interés de demora del 22 por ciento y un plazo de vencimiento de 6 meses. Entiende la Audiencia que las mismas consideraciones que se hicieron en la resolución anteriormente citada, se pueden reproducir en este supuesto de hecho, porque, si bien el importe del principal es menor, también lo es, y mucho, el plazo de devolución, que “*se reduce drásticamente a seis meses con un interés del 22% a liquidar día a día*”. La nulidad de este préstamo por usurario es confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2013 [VLEX-42854358], en la que reproduce los razonamientos de la resolución de instancia. Tras apelar al amplio arbitrio judicial del órgano enjuiciador en la aplicación de la Ley de Usura, tal y como se desprende del artículo 2 del texto normativo, derogado y sustituido por el artículo 319.3 LEC<sup>1276</sup>, prosigue el razonamiento para desestimar el motivo:

*“La segunda razón viene de la propia argumentación de la sentencia recurrida: un préstamo, cuyo vencimiento es a los seis meses, con un interés remuneratorio de 10% (20% anual) cuyo semestre es el plazo de cumplimiento y si no devuelve el capital en este breve plazo, comienza el interés moratorio del 22%, esta Sala lo considera, como ha dicho el Tribunal a quo, notablemente superior al normal del dinero, no sólo teniendo en cuenta, como orientativo, el interés legal en aquel tiempo (5,50%), sino las circunstancias del caso”.*

Pues bien, este conjunto de resoluciones tendentes a extender los efectos de la Ley de Usura a los intereses moratorios<sup>1277</sup> introduce en su argumentación una serie de consideraciones

---

<sup>1276</sup> Artículo 319.3 LEC: “*En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado 1 de este artículo*”. Esto significa, a juicio del Tribunal Supremo (sentencia de 22 de febrero de 2013), “*que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia (sentencia de 9 de enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial (sentencias de 31 de marzo de 1997, 10 de mayo 2000), basándose en criterios más prácticos que jurídicos (sentencia de 29 de septiembre de 1992) valorando caso por caso (sentencia de 13 de mayo de 1991), con libertad de apreciación (sentencia de 10 de mayo de 2000), formando libremente su convicción (sentencia de 1 de febrero de 2002)”.*

<sup>1277</sup> Dentro de esta tendencia podemos citar, asimismo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife, de 8 de abril de 2013 (Id. Cendoj: 35004420042013200001), que declara la nulidad de un préstamo hipotecario por adquisición de una vivienda por tener fijado un tipo de interés moratorio del 19%. Se apoya, entre otras, en las resoluciones de la Audiencia Provincial de Asturias y del Tribunal Supremo arriba citadas para declarar nulo el préstamo por lo excesivo de sus intereses moratorios. Reproducimos a continuación la fundamentación jurídica con la que concluye el razonamiento a partir de la doctrina jurisprudencial, aunque la incluimos a pie de página porque, a nuestro juicio, se centra en argumentos no tanto de técnica jurídica como generales referentes a la crisis económica: “*A la vista de la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, y que es de obligado acatamiento por este Juzgador, siendo el tipo fijado para los intereses moratorios del préstamo hipotecario que dio origen al presente procedimiento del 19 %, este Juzgador entiende que el*

que nos permiten hilar más fino. En estas sentencias –nos centramos en la de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de junio de 2010 por ser aquella cuyos argumentos recogen las restantes-, el órgano enjuiciador no afirma de una manera absoluta la inclusión de los intereses moratorios dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Usura pero sí que la admite según “*las circunstancias concretas del caso enjuiciado*”. El razonamiento clave para decantarse a favor de controlar el interés moratorio a través de la norma de 1908 es que -además de la cuantía elevada del mismo-, el plazo de devolución y la ausencia de pagos fraccionados determinan el devengo del interés moratorio en “sustitución” del que remunera.

Ha quedado claro en líneas anteriores que los intereses moratorios tienen una naturaleza fundamentalmente indemnizatoria y garantista<sup>1278</sup> devengándose ante un previo incumplimiento del deudor, hecho que los diferencia de los remuneratorios y, a la vez, siguiendo el parecer mayoritario, los excluye de su posible caracterización como usurarios. Pero hay supuestos en los que, produciéndose asimismo el incumplimiento, los intereses de demora (ya fueran configurados como un pacto de interés, ya como una cláusula penal) adoptan casi más un papel remuneratorio: unas difícilmente accesibles condiciones para el cumplimiento de la obligación –por ejemplo, un plazo corto de vencimiento en correlación

---

*mismo es abusivo y usurario. Considera este Juzgador un abuso inmoral, que, desde luego, no puede ser amparado ni consentido por los Tribunales de Justicia, el que, en la época de crisis profunda en que nos encontramos, las entidades financieras sigan fijando y manteniendo unos tipos de intereses moratorios superiores a los intereses básicos que rijan en cada momento en el mercado hipotecario. La concepción de los intereses moratorios como una sanción o pena por el incumplimiento de la obligación de pagar las cuotas del préstamo hipotecario carece de sentido en la actualidad. La inmensa mayoría (por no decir la totalidad) de las personas que dejan de pagar un préstamo hipotecario lo hacen sin ningún tipo de culpa por su parte. Lo hacen porque han perdido su trabajo y están en el paro, sin que exista ninguna posibilidad de volver a encontrar otro, o porque les han reducido sustancialmente su salario. Y lo llamativo del asunto es que esa pérdida de trabajo, que es la que provoca el impago del préstamo hipotecario, no solo no es culpa del prestatario, sino que en realidad es imputable en gran medida al prestamista, esto es, a las entidades financieras, que fueron quienes, con su desmedido afán de aumentar su negocio y sus beneficios, contribuyeron decisivamente a la situación de crisis y recesión que se vive en este país y en el mundo entero. En los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario. Por todo lo expuesto, entendiendo que el tipo fijado para los intereses moratorios del préstamo hipotecario que dio origen al presente procedimiento del 19 % es abusivo y usurario, y en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial expuesta en los dos primeros fundamentos jurídicos de esta resolución, debo decretar y decreto la nulidad del referido préstamo, así como de la hipoteca que lo garantiza y, en consecuencia, debo decretar la nulidad del presente procedimiento hipotecario, y de todas las actuaciones practicadas en el mismo”.*

<sup>1278</sup> Otro ejemplo señalando esta diferencia es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de mayo de 2008 [VLEX-40561916]: “Con relación al interés moratorio, lo primero a tener en cuenta es que, según ha resuelto el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de octubre de 2001, su naturaleza fundamentalmente indemnizatoria destinada a resarcir al prestamista por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de devolver el dinero prestado que incumbe al prestatario, unida a la finalidad garantista con la que se trata de estimular al prestatario para evitar la elusión de sus obligaciones, impide la aplicación a esas cláusulas de la Ley de Represión de la Usura”.

a la cantidad debida- conllevan un casi certero devengo del interés moratorio. De este modo, si la configuración onerosa de la obligación hace previsible ya en el momento de su constitución el incumplimiento del deudor, la trascendencia o censura jurídica de esta conducta debería ser menor, lo que podría llevar a pensar que la diferencia de naturaleza entre interés moratorio y remuneratorio se atenúa<sup>1279</sup>. De alguna forma, se diluye la estrecha relación entre “interés moratorio” e “incumplimiento” pudiendo aceptar que, en estos supuestos, su función se aproxima más a la remuneratoria aunque de una forma encubierta. Como dice la Audiencia Provincial, el interés moratorio sustituye al que, en ausencia de circunstancias especiales, debía ser el remuneratorio y permite al acreedor percibir unos intereses excesivos que, por ser técnicamente moratorios, escaparían al control de la Ley de Usura, burlando de alguna manera, así, la finalidad de la norma.

Esta idea pensamos que está en línea con la vertida por algunos autores que reconocen la posibilidad de aplicación del concepto de interés usurario a determinados pactos de interés moratorio o cláusulas penales. Respecto a esta última figura, DÁVILA entiende procedente la aplicación de la Ley de Usura cuando encubre un préstamo usurario sin que sea posible, por el contrario, en el caso de que simplemente se trate de una pena desproporcionada en relación al interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación principal<sup>1280</sup>. En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ TAPIA en un trabajo sobre la cláusula penal, afirmando que *“la aplicación a supuestos análogos a los del art. 1.1 LU no alcanza a los intereses de cumplimiento o demora, sino a operaciones o negocios jurídicos que, ya por ser complejos, ya de forma indirecta, comportan una obligación pecuniaria para el deudor aunque no se llamen exactamente préstamo o crédito”*<sup>1281</sup>. Asimismo, CABANILLAS, que entiende como nula aquella cláusula penal que, bajo dicha forma, encubre un convenio usurario<sup>1282</sup> y, con posterioridad y en el mismo sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ<sup>1283</sup>. No es

---

<sup>1279</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, en un trabajo acerca de la mora del deudor (“Mora *debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 3, 1994, p. 17), señaló que *“el fenómeno del incumplimiento, para el general funcionamiento del tráfico [...], es un fenómeno residual y anormal, y como tal ha de ser tratado”*, en el sentido de sujeto a distintos principios. Pues bien, poniendo en relación esta afirmación con el incumplimiento que planteamos en este escenario concreto, el consecuente devengo de interés moratorio no debería ser tratado como “anormal” o “residual” por las características especiales de la situación.

<sup>1280</sup> DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula...*, op. cit., pp. 455 - 456: *“Si la cláusula penal representa una sanción por el incumplimiento de la obligación principal, no puede pensarse que sea una pena verdadera si se incurre en ella cuando ni siquiera ha sido posible el cumplimiento, cuando el deudor no ha tenido posibilidad alguna de ejecutar la prestación para no incurrir en ella”*.

<sup>1281</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Sobre la cláusula penal...”, op. cit., p. 561.

<sup>1282</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 1154...”, op. cit., pp. 1160 – 1161.

<sup>1283</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica...*, op. cit., p. 88.

distinta la conclusión a la que llega MÚRTULA LAFUENTE<sup>1284</sup> respecto del pacto de intereses moratorios y la Ley de Usura, siendo de aplicación ésta a “*todo aquel interés moratorio cuya finalidad esencial no sea la de indemnizar por el retraso del deudor sino la de encubrir, bajo la forma de incumplimiento, lo que en realidad es un pacto de intereses para la concesión de un préstamo*”. En otros términos, como apunta la autora, cuando lo que se pretenda sea desplazar el peso de la remuneración hacia la estipulación de las condiciones de una indemnización desorbitada, de tal forma que la naturaleza y finalidad de los intereses moratorios se desborde.

Así conceptualizado, incluso desde la postura restrictiva de la Ley de Represión de la Usura en relación con los intereses moratorios por la diferente naturaleza de éstos respecto de los retributivos, podría defenderse su control en casos como los señalados, siendo un criterio relevante al que atender las posibilidades efectivas de cumplimiento de lo pactado, según la configuración de la relación obligatoria y las circunstancias del prestatario.

Recapitulando en torno a la norma de 1908, es obvio que no se trata de una cuestión baladí tener presentes las opciones de recurso a la misma. No deja de ser una norma imperativa que, como tal, supone un límite a la autonomía de la voluntad. En este sentido, podría resultar útil en escenarios en los que no hay otra vía de control de contenido, como son los contratos de préstamo mediante condiciones generales entre empresarios - siendo deseable su extensión a otros contratos como el *leasing* o el *lease-back*, con los que comparte una función financiera y con una gran presencia en las operaciones mercantiles-, a los que no les son de aplicación la normativa por la que sí que se ven tutelados, por el contrario, los consumidores. Estamos, además, ante una materia en la que, tras años de contratación “despreocupada”, se ha producido un aumento notable del cuidado por parte del legislador y la jurisprudencia. La pregunta reside, en todo caso, en determinar si se trata de un mecanismo útil de control en el sentido del enfoque de este trabajo. Tanto si en el prestatario concurre la cualidad de consumidor como de profesional, como hemos tenido ocasión de apuntar, los intereses retributivos a los que éste está obligado son susceptibles de ser calificados como usurarios, lo que traería como consecuencia la nulidad del préstamo, en el caso de condiciones generales. Probablemente al mismo resultado se llegaría mediante el control que proporciona la LCGC –TRLGDCU si se trata de un consumidor- y que, por el procedimiento especial de contratación seguido y al tratarse de

---

<sup>1284</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses...*, op. cit., pp. 276 - 277.

un elemento esencial, obliga a superar un control, no de contenido, sino formal: de no ser superado, implicaría la no incorporación de la cláusula y, dado que el interés retributivo representa el precio del contrato, parece que debería conllevar asimismo la nulidad del negocio jurídico. Nulidad para la que, sin embargo, se han tenido en cuenta criterios totalmente diversos en ambos casos: lo excesivo del interés en el caso de la Ley de Usura frente a la transparencia y la comprensibilidad de la cláusula –con independencia de la cuantía–, en el caso del TRLGDCU o la LCGC.

En otro orden de cosas está lo referente a los pactos que recogen el interés moratorio –aquellos que, por otra parte, más nos interesan ya que, al fin y al cabo, respecto de los remuneratorios debería funcionar la competencia<sup>1285</sup>–. Las normas que tienen como finalidad evitar los abusos por parte del predisponente en materia de intereses de demora indemnizatorios o de cláusulas penales moratorias en el ámbito del Derecho de consumo, no son de aplicación a los prestatarios que actúan como empresarios y la LCGC, por su parte, no dispone ningún tipo de control de contenido para estos supuestos. Aquí la aplicación de la Ley de Usura representaría, por tanto, un límite importante al poder de disposición del predisponente. La posición mayoritaria en la jurisprudencia, sin embargo, niega que la norma abarque los intereses moratorios. A nuestro juicio y como hemos señalado, aun manteniendo esta postura restrictiva habría una serie de supuestos en los que estos intereses, por la especial configuración del préstamo, desempeñan una función más cercana a la remuneratoria que justificaría su inclusión y control por la norma de 1908.

Cuestión distinta es lo adecuado de las consecuencias de la sanción de nulidad que propugna la norma: al ser considerado el contrato como nulo, el prestatario se ve en la tesitura de tener que devolver el monto total recibido. Esta situación, perjudicial para el teóricamente tutelado por la norma y cuya posibilidad de cumplimiento es cuestionable, ha querido ser paliada por parte de la doctrina apoyando una interpretación flexible de la nulidad y la posibilidad de mantener, junto con el efecto de la gratuidad del préstamo, el beneficio de los plazos marcados para la devolución progresiva del capital<sup>1286</sup>. Se comprenderá que todavía más en

<sup>1285</sup> MIQUEL, J.M., “Condiciones generales abusivas...”, op. cit., p. 247.

<sup>1286</sup> Respecto de los efectos del préstamo usurario, vide RUIZ-RICO RUIZ, “Comentario al art. 1108...”, op. cit., p. 55; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 420 – 421; ALBALADEJO, M., “La nulidad de los préstamos usurarios”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, nº 1, 1995, pp. 33 y ss.; DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula penal...*, op. cit., pp. 463 y ss.; SABATER BAYLE, E., “La invalidez de los negocios usurarios”, *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006; BASOZABAL ARRUE, X., “Comentario a los artículos 1740 a 1757”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1900 – 1901; *Estructura básica del préstamo...*, op. cit., pp. 95 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica...*, op.

el caso del interés moratorio la consecuencia podría considerarse un tanto desproporcionada (que se declare nulo un préstamo por una cláusula que, si el contrato siguiera su vida normal, no llegaría a entrar en juego<sup>1287</sup>). Sin embargo, este obstáculo pensamos que no desvirtúa el razonamiento que se ha desarrollado de acoger bajo el ámbito de aplicación de la norma el supuesto que hemos barajado en último lugar, es decir, cuando el interés moratorio encubra, en sí mismo, un préstamo usurario representando, en cierto modo, una retribución del contrato<sup>1288</sup>.

---

cit., pp. 101 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas...*, op. cit., pp. 147 y ss.

<sup>1287</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses...*, op. cit., pp. 276 – 277 señala “la injusticia que resultaría de la declaración de nulidad por usurario de un préstamo en que se ha estipulado un interés moderado de cumplimiento y un interés excesivo o abusivo para el caso de incumplimiento, ya que el deudor estaría tan solo obligado a devolver el capital prestado, como consecuencia de la nulidad del préstamo, cuando la prestación debida para el cumplimiento no resultaba excesiva”.

<sup>1288</sup> Respecto al efecto de la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios en contratos sujetos al TRLGDCU, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de junio de 2012 (Cajo Banco Español de Crédito, TJCE 2012\143), señaló que el artículo 83 de la norma anteriormente citada no permite al Juez modificar el contenido de una cláusula abusiva en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor (“[...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”(punto 73)). Critica esta sentencia, no por la conclusión final sino por el razonamiento para llegar a ella, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La arriesgada vida de una Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93”, 15 de febrero de 2012; “La Sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas”, 14 de junio de 2012; “La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado de un Juez de Santander”, 30 de noviembre de 2013, <http://derechomercantiles.espana.blogspot.com>. El autor manifiesta que el referido artículo 83 no permite integrar el contrato con una cláusula que se aproxime a la declarada nula pero que no sea abusiva (lo que los alemanes denominan reducción conservadora de la validez) sino solo rellenar la laguna haciendo uso del Derecho supletorio, como si la cláusula declarada abusiva no existiera, no siendo pertinente, por tanto, que el TJCE declare que el artículo 83 TRLGDCU es contrario a la Directiva. Lo positivo de esta solución es que proporciona incentivos al predisponente para no introducir en sus contratos cláusulas abusivas. En el caso de una cláusula de intereses moratorios, si el predisponente sabe que la cláusula, de ser declarada abusiva, simplemente va a moderarse hasta un porcentaje que no lo sea, no tendrá ningún motivo para no incluirla *a priori*: en el peor de los casos –que la cláusula abusiva sea detectada y declarada nula-, va a aplicarse el tipo de interés moratorio que debería haber sido estipulado desde el principio. Si, por el contrario, el Juez se limita a eliminar la cláusula operando, en su caso, el Derecho dispositivo (según el artículo 1.108 Código civil, interés legal), la situación no es tan favorable para el predisponente, que se lo pensará dos veces antes de introducir un interés moratorio excesivo que se pueda volver en su contra. A favor de la integración mediante el Derecho dispositivo también MIQUEL, “Cláusulas abusivas”, Ponencia..., op. cit. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, enero – abril 2013, pp. 344 y s. s. Por su parte, CARRASCO PERERA, A., “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 3, 2012, que considera esta doctrina derivada de la sentencia del Tribunal de Justicia como “sorprendente”, llama la atención sobre los efectos perversos a los que puede dar lugar en algunos casos, como el del artículo 1.108 Código civil: “El artículo 1.108 Código civil no crea desincentivos suficientes a la morosidad. Ane una opción tan draconiana, más de un juez, que antes moderaba la tasa por costumbre, se verá impelido a, por no caer en una “barra libre de la morosidad”, dar por buenos intereses moratorios que ayer mismo condenaba de abusivos”. Desde nuestro punto de vista, y aunque todas las opciones de tratamiento de las cláusulas abusivas tienen alguna consecuencia negativa, quizá la mejor o más justa sea la que deben aplicar los órganos jurisdiccionales, esto es, la eliminación de la cláusula sin posibilidad de moderar. Si bien es verdad que el artículo 1.108 Código civil, al señalar como interés moratorio a falta de pacto el legal, reduce el coste del incumplimiento para el deudor y que el fenómeno de la morosidad no es deseable para ninguna economía, también lo es que el

#### 10. La financiación empresarial. El crédito comercial y sus límites mediante la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

Cambiando radicalmente de ámbito, una norma a la que se ha hecho abundante referencia a lo largo del trabajo y que sí que supone una limitación expresa para los intereses de demora, además, en contratación entre empresarios, es la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales. Evidentemente, su ámbito de aplicación difiere por completo del que nos ha ocupado líneas anteriores puesto que se trata de un control, no respecto del crédito financiero sino respecto del llamado crédito comercial, por lo que será objeto de un apartado específico que abordaremos a continuación.

De forma sintética, puede afirmarse que, contrapuesto al crédito financiero –aquel que otorgan entidades financieras especializadas en proporcionar capital a otras entidades para financiar sus actividades y que podría encuadrarse en el epígrafe anterior-, se encuentra el denominado crédito comercial, una modalidad de financiación que resulta del aplazamiento del pago de una compraventa o suministro de bienes o de una prestación de servicios, esto es, una financiación que se proporcionan los comerciantes entre sí.

Tal y como indica ALFARO a modo de ejemplo, *“el fabricante que provee a un distribuidor de determinadas mercancías le permite aplazar su pago hasta que el distribuidor las ha revendido y ha cobrado el precio de los consumidores finales”*<sup>1289</sup>. Dada la regulación de la mora en el Código civil y de Comercio, es necesario que las partes pacten expresamente el aplazamiento del pago: el artículo 1100 Cc, en su último párrafo, señala que desde que uno de los obligados cumple su obligación en una recíproca, empieza la mora para el otro; el artículo 339 Código de comercio, respecto de la compraventa, apunta que una vez que se hayan puesto a disposición del comprador las mercaderías, *“empezará para el comprador la obligación de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos con el vendedor”*, estando obligado, en caso de demora en el pago, a *“pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor”* (art. 341 Código de comercio); el artículo 63 del mismo texto legal, por su parte, elimina el requisito de la interpelación al deudor para que éste incurra en mora.

---

acreedor que sufre directamente las consecuencias de la aplicación del Derecho supletorio es el “culpable” de haber incluido previamente la cláusula que, por elevada, se ha visto afectada de nulidad.

<sup>1289</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad”, *Indret*, julio 2005, p. 3.

Se han apuntado ventajas y desventajas del crédito comercial<sup>1290</sup>, pero lo que realmente interesa ahora destacar es la importancia que tiene este mecanismo de financiación en el tráfico mercantil, siendo las operaciones comerciales al contado prácticamente inexistentes<sup>1291</sup>. Y la trascendencia del crédito comercial es todavía mayor cuando nos referimos a la pequeña y mediana empresa. Así se desprende de un estudio realizado por el Banco de España en 2011<sup>1292</sup> en el que se constata que existen diferencias importantes en el peso del crédito comercial sobre el total activo o pasivo del balance, en función del tamaño de las compañías, siendo mayor en las pymes que en las compañías grandes, tanto en la financiación concedida como en la recibida. Esto no tendría mayor repercusión si no fuera porque, asimismo, se observa en el estudio que los periodos de cobro en las pymes tienden a ser más dilatados que los de las grandes compañías –y, además, y ya lo dejamos apuntado, claramente superiores a los límites que marca la regulación de la morosidad que estudiaremos a continuación-. En otros términos, y como señala el estudio, “*las pymes tendieron a conceder un número de días de financiación muy superior al de las compañías más grandes*”<sup>1293</sup>.

---

<sup>1290</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación del crédito comercial...”, op. cit., p. 7, identifica los elementos que hacen atractiva la financiación mediante el crédito comercial. Por una parte, desde el punto de vista de la empresa a la que se le adeuda el pago, la relación comercial mantenida entre ambas partes permite a la acreedora tener una información relativamente verídica de la solvencia real de la deudora, a lo que se suma que están en juego los futuros negocios que las partes piensen realizar, hecho que asegura el cumplimiento especialmente si el coste de encontrar un proveedor alternativo es muy elevado. Además, en caso de impago, puede recuperar los bienes vendidos, bienes que a lo mejor puede entregar a otro proveedor. Desde el punto de vista del deudor al que se le concede el aplazamiento del pago, éste puede servir como mecanismo que garantiza el cumplimiento del proveedor respecto del saneamiento de posibles vicios ocultos de las mercaderías en el sentido de que, en palabras del autor, “*el comprador puede asegurarse de que el proveedor saneará los vicios o aceptará la devolución de la mercancía si tiene a su disposición un mecanismo de respuesta tan potente como la negativa a pagar la cantidad aplazada en caso contrario*”. Esta función del pago aplazado puede tener mucha relevancia dados los plazos tan cortos que se recogen en el Código de Comercio para la reclamación por vicios en la compraventa.

Partiendo de un razonamiento más económico, MIR PARDO, L., “Tres visiones reales y críticas de la Ley 15/2010 de Medidas de Lucha contra la Morosidad”, *Diario La Ley*, núm. 7580, marzo 2011, p. 7, señala como aspectos positivos el aumento del volumen de ventas de las empresas, el incremento de la penetración de la compañía en el mercado así como la fidelización de la clientela, mientras que dentro de los efectos negativos cabría reseñar el hecho de que una parte importante del activo de la empresa se encuentre en las partidas contables de deudores, lo que perjudica la cuenta de explotación de la empresa y debilita los ratios económicos y el hecho de que gran parte de los vencimientos son incumplidos o cumplidos con retraso, produciendo un quebranto en la empresa.

<sup>1291</sup> MIR PARDO, L., “Tres visiones reales y críticas...”, op. cit., p. 7; GARCÍA –VAQUERO, V.; ALONSO F., “El crédito comercial en España: importancia relativa y evolución reciente”, *Boletín Económico del Banco de España*, febrero 2011, p. 69.

<sup>1292</sup> GARCÍA –VAQUERO, V.; ALONSO F., “El crédito comercial en España...”, op. cit., pp. 72 – 73.

<sup>1293</sup> GARCÍA –VAQUERO, V.; ALONSO F., “El crédito comercial en España...”, op. cit., p. 75. En el mismo sentido se pronuncia MORANT VIDAL, J., “Contra la morosidad en las operaciones comerciales”, *Noticias Jurídicas*, septiembre 2003, p. 2: “*los resultados de investigaciones llevadas a cabo muestran que las grandes empresas pagan con morosidad con una frecuencia que es el doble de la registrada en las pyme; más aún, los retrasos en los pagos hechos por grandes empresas a pyme tienen una duración que es el doble de la que se registra en los retrasos en los pagos hechos por pyme a grandes empresas*”.



La diferencia de poder de negociación de las entidades de menor tamaño puede explicar esta conclusión y también justificar que determinados aspectos de la financiación mediante el crédito comercial hayan estado en el punto de mira del legislador. Si bien las partes son libres de acordar el aplazamiento del pago en sus operaciones comerciales, lo cual, además, presenta efectos positivos, la parte que ostente la posición más fuerte en la relación contractual puede explotar su superioridad más allá de lo que sería aceptable. Esta reflexión, entre otras, movió al legislador comunitario a regular los plazos que podían ser pactados por las partes en sus operaciones comerciales, siendo el punto de partida la Recomendación 95/198/CE, de 12 de mayo de 1995 de la Comisión, que propugna la transparencia para hacer más rigurosos los plazos de pago en los contratos, el derecho de los acreedores a una indemnización adecuada si se supera el plazo convenido y la necesidad de simplificar los procedimientos legales de reparación y solución de litigios. El Parlamento Europeo, viendo el escaso impacto práctico de la Recomendación, duda de que un instrumento no vinculante jurídicamente sea el adecuado para garantizar unos plazos de pago razonables y pide a la Comisión Europea que, en consecuencia, estudie la posibilidad de convertir su Recomendación en una propuesta de directiva del Consejo (Resolución Diario Oficial nº C 211 de 22/07/1996 p. 0042). Directiva que finalmente ve la luz el 29 de junio de 2000 (DIR 2000/35/CE) y cuyo propósito podemos observar a través de alguno de sus Considerandos:

*“(7) Onerosas cargas administrativas y financieras pesan sobre las empresas y especialmente sobre las pequeñas y medianas, debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad. Estos problemas son además una de las principales causas de la insolvencia que amenaza la propia supervivencia de las empresas y se traduce en la pérdida de numerosos puestos de trabajo.*

*(8) En algunos Estados miembros, los plazos de pago contractuales difieren notablemente de la media comunitaria.*

*(9) Las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo que se refiere a las normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior”*

Esta norma –que ha sufrido una modificación en 2011 en virtud de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero- es incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada cinco años después por la Ley 15/2010, de 5 de julio,

para adaptarla a los cambios que se han producido en el entorno económico. La Exposición de Motivos hace referencia al aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas como resultado de la crisis, consecuencias que afectan a todos los sectores pero, en especial, a la pequeña y mediana empresa, dada su gran dependencia del crédito a corto plazo y sus limitaciones de tesorería. Con la reforma, que como veremos sigue la tendencia de endurecer las restricciones al aplazamiento del pago, se pretende corregir desequilibrios. Con fecha de 22 de febrero de 2013, se volvieron a ver afectados algunos aspectos de la norma a través del Real Decreto-Ley 4/2013, cuyo artículo 33 está dedicado a la modificación de la Ley 3/2004. Real Decreto-Ley que ha dado lugar a la llamada Ley de Emprendedores, Ley 11/2013, de 26 de julio, que modifica también el régimen de lucha contra la morosidad, con algunas variaciones respecto de la norma de febrero y a la que debemos atender para analizar el texto vigente en la actualidad<sup>1294</sup>.

La Ley 3/2004 tiene como ámbito objetivo de aplicación los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (art. 3.1), quedando fuera los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores, los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio<sup>1295</sup> y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras, así como las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor (art. 3.2)<sup>1296</sup>.

---

<sup>1294</sup> Con posterioridad se ha visto afectada también por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo pero sin que tenga repercusión a efectos de este trabajo pues la modificación a través de la Disposición Final 6ª se limita a restringir la posibilidad de modificar el interés de demora en el caso de las operaciones comerciales realizadas con la Administración (artículo 9.1, párrafo 3º, *in fine* LMOC). Esta modificación se ve confirmada, a su vez, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que adopta medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

<sup>1295</sup> El artículo 3.2.b) de la norma excluye de su ámbito de aplicación “b) *Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio [...]*”, lo que tiene varias interpretaciones, siendo una de ellas que se excluye de la aplicación de la norma, no solo lo relacionado con el pago de la obligación de intereses, sino, en general, los pagos instrumentados en cheques, pagarés y letras de cambio y, por tanto, también en lo referente a los plazos de pago (a favor de esta interpretación, entre otros, PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones...*, op. cit., pp. 85 – 89; GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El nuevo régimen legal...”, op. cit., pp. 14 – 17; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 854). En contra, porque supondría vaciar el contenido de la norma ya que bastaría pactar el pago con efectos mercantiles descontables para evitar la aplicación de la LMOC, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación del crédito comercial...”, op. cit., pp. 15 y ss.; AGUILLAUME GANDASEGUI, G., “El ámbito de aplicación subjetivo...”, op. cit., pp. 1691 - 1694. Estos autores entienden que si el título no ha sido objeto de endoso y el que reclama la cuantía es el acreedor originario, sigue siendo una operación comercial a la que le es aplicable la Ley 3/2004. Por último, también es posible inferir que lo que está exento de aplicación son los intereses pero no los plazos de pago (ALFARO, *ibidem*, op. cit., pp. 17 – 18).

<sup>1296</sup> Negando la aplicación de la LMOC por resolverse el supuesto de hecho a través de la Ley Cambiaria y del Cheque, SSAP de Cáceres de 3 de julio de 2007 [AC\2008\753] y de Salamanca de 12 de noviembre de 2012 [AC\2013\120]; por tratarse de una relación entre un empresario y un consumidor, SAP de Islas Baleares de

Como se puede apreciar, la norma tiene un ámbito de aplicación amplio aunque delimitado por el hecho de que se trate de operaciones en las que el pago sea una contraprestación -esto es, que sean obligaciones sinalagmáticas- y que den lugar a la entrega de bienes o la prestación de servicios (art. 1). Por no tener este carácter sinalagmático, parece que queda fuera de la Ley que nos ocupa el contrato de préstamo aunque no así otros contratos, también de carácter financiero pero en los que sí se observa la estructura de una obligación recíproca, como, por ejemplo, el ya por nosotros conocido *leasing*<sup>1297</sup>.

Acercándonos a las medidas que toma el legislador, son varios los mecanismos que utiliza para controlar los abusos que se pudieran producir en el crédito comercial, de los que nos centraremos en dos: el plazo de pago y la mora del deudor, incluyendo en este último caso, los presupuestos, el interés de demora y la indemnización por costes de cobro. La regulación concreta de cada uno de estos elementos se completa con un precepto, el artículo 9, que recoge lo que podríamos denominar un control de abusividad, confiriendo al juez amplias facultades para, en su caso, determinar si el contenido de una cláusula se puede considerar abusivo y, como consecuencia, declarar su nulidad, tomando como referencia el derecho dispositivo y una serie de criterios con los que ponderar.

Comenzando con el **plazo de pago**, el artículo 4 de la Ley 3/2004 en su apartado primero señala que el plazo en el que debe cumplir el deudor, salvo que se hubiera fijado fecha o plazo en el contrato, “*será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad*”<sup>1298</sup>. A esto se suma lo dispuesto en el

---

20 de abril de 2006 [JUR\2006\188750]; por no tratarse de operaciones comerciales –facturas por servicios fuera del tráfico ordinario de la empresa–, SAP de Madrid de 21 de octubre de 2013 [JUR\2014\3202].

<sup>1297</sup> AGUILLAUME GANDASEGUI, G., “El ámbito de aplicación...”, op. cit., p. 1694; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”, *Actualidad Civil*, núm. 8, pp. 863 – 865; GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales”, *Indret*, octubre 2011, pp. 8 – 9. Este último autor excluye del ámbito de aplicación de la ley contra la morosidad, además, los supuestos de contratos financieros en los que, a pesar de involucrar entregas de bienes o prestación de servicios, la otra parte sea una entidad financiera: “*en tales casos, la financiación de actividades ajenas forma parte del giro que es propio de la entidad acreedora. La LMLM se aplica solo a los acreedores de prestaciones por entregas o servicios cuyos deudores les obligan a financiar el aplazamiento de cobros debidos*”.

En contra de esta postura y entendiendo que el préstamo sí está sometido a la norma, PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Ley 3/2004 y Directiva 2000/35, Civitas, Navarra, 2006, pp. 41 – 48; MIRANDA SERRANO, L. M., “La Ley 15/2010, de modificación normativa de lucha contra la morosidad y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del comercio minorista”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 8, enero – junio 2011, p. 22.

<sup>1298</sup> De manera cuanto menos criticable, el legislador introduce en la reforma de 2010 una salvedad respecto al *dies a quo* y la factura: cuando la recepción de ésta se produzca por medios electrónicos, producirá los efectos

apartado tercero, según el cual “*los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales*”<sup>1299</sup>. Por lo tanto, parece que el plazo de pago al que hay que atender es, en primer lugar, el pactado por las partes y, subsidiariamente, un periodo de treinta días desde la recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Eso sí, a la libertad de pacto de los contratantes el legislador le pone un máximo imperativo y que equivale a los sesenta días naturales<sup>1300</sup>.

---

de inicio del cómputo de plazo de pago, “*siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura y la recepción por el interesado*” (artículo 4.1, párrafo 3º). No se entiende este precepto al no estar clara la fundamentación para que la factura electrónica reciba un tratamiento diferente a la tradicional (en este sentido, VICIANO PASTOR, J., “La reciente regulación de la morosidad...”, op. cit., p. 603; ÁLVAREZ OLALLA, P., “No es posible el control de contenido...”, op. cit., p. 3) y se ha intentado interpretar en el sentido de otorgarle idénticos efectos a ambas (antes de las reformas de 2013, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., “El *dies a quo* en la ley de morosidad”, en CANDELARIO MACÍAS, M. I. (dir.), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 105). Consciente de la falta de coherencia, la DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO INTERIOR, en un informe fechado en 2010 (MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Informe sobre diversas cuestiones interpretativas del régimen jurídico en materia de aplazamiento de pago*, Madrid, 28 de septiembre de 2010, pp. 7 – 8), reconoce que este problema interpretativo puede llevar a una desincentivación del uso de la factura electrónica cuando sustantivamente, factura electrónica y factura en soporte papel son equivalentes, siendo la única diferencia la forma de transmisión. De ahí que concluya a favor de una interpretación jurídica del inicio del cómputo del plazo que “*no puede ser divergente*” porque a la equivalencia funcional hay que sumar “*el hecho de que su régimen jurídico mercantil y fiscal es coincidente*”. “*Por consiguiente*”, razona, “*las consecuencias jurídicas, independientemente de la forma de exteriorización de la factura, deberían derivarse del momento de la recepción de la mercancía o prestación del servicio, favoreciendo así un régimen homogéneo en el cómputo de los plazos, puesto que las facturas electrónicas, en el contenido mercantil cumplen exactamente los mismo requisitos que las tradicionales facturas en papel y además tienen exactamente la misma validez y funcionalidad tributaria que la factura tradicional en papel*”.

La realidad es que las dos reformas sufridas por la Ley 3/2004 en 2013, en lugar de solventar el problema de interpretación y disipar dudas, han mantenido el texto inalterado, texto que se antoja bastante claro. Desde luego, lo más correcto sería la aplicación del principio de equivalencia funcional recogido, además, con rotundidad en el Anteproyecto de Código de Comercio, cuyo artículo 421-9 dispone que “*la factura emitida mediante comunicación electrónica equivale funcionalmente a la factura emitida en soporte papel, produciendo idénticos efectos siempre que reúna los requisitos que le son legalmente exigibles, mantenga la integridad de su contenido y pueda ser atribuida indubitadamente a su emisor*”.

<sup>1299</sup> El resto de disposiciones del artículo están relacionadas con la obligación del proveedor de hacer llegar la factura, las especialidades en el caso de factura por medios electrónicos o de agrupación de facturas y del régimen en el caso de haberse acordado un procedimiento de verificación de la conformidad de los bienes.

<sup>1300</sup> Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 11/2013, de 26 de julio, para evitar la utilización de procedimientos de aceptación o comprobación para dilatar el pago, se precisa en la norma su plazo y cómputo, no pudiendo exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o la prestación de los servicios, comenzando a contar el plazo de pago de los treinta días después de la fecha en que tenga lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios (art. 4.2 LMOC).

En este sentido, se presentaron dos enmiendas en la tramitación de la norma proponiendo que también se reflejara en el apartado relativo al límite máximo de 60 días el *dies a quo*, es decir, que este período se consideraba desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios. La justificación que se dio para tal modificación era evitar la incertidumbre legal sobre el plazo máximo aplicable en estos casos de tal forma que no cupiera la interpretación de que al plazo máximo de 30 días para la aceptación o comprobación se pudieran añadir 60 días de plazo de pago, resultando un plazo de 90 días desde la recepción efectiva de las mercancías. Las dos enmiendas -enmienda número 113 (Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia) y enmienda número 161 (Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió)-, sin embargo, no prosperaron (Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, Proyecto de Ley de medidas de apoyo al emprendedor (procedente del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero), BOCG, Serie A, 29 de mayo de 2013, núm. 43-3, pp. 98, 139).

Dadas las diversas redacciones que ha tenido el precepto, se han planteado distintas interpretaciones respecto al juego de los plazos y su naturaleza. El texto originario de 2004, señalaba que, en defecto de pacto, el deudor incurriría en mora 30 días después de la recepción de la factura (o de la recepción de las mercancías o prestación de los servicios, en determinados supuestos), sin hacer referencia a ningún otro plazo. Tras la reforma de 2010, el artículo 4.1 disponía que “[E]l plazo de pago que debe cumplir el deudor será el siguiente: sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes”. Sin embargo, el artículo 9, en términos prácticamente coincidentes a los actuales en lo que aquí respecta, se encargaba de declarar nulas aquellas cláusulas que tuvieran un contenido abusivo en perjuicio del acreedor que difirieran del plazo establecido en el apartado primero del artículo 4. El difícil encaje de los dos preceptos –uno permitiendo aplazamientos superiores a los legales si estaban justificados, otro prohibiendo imperativamente un plazo superior al señalado en la ley- fue puesto de manifiesto por algunos autores, como ALFARO<sup>1301</sup>, VICIANO PASTOR<sup>1302</sup>, GÓMEZ LIGÜERRE<sup>1303</sup> o CARRION REAL<sup>1304</sup>, apostando esta última por una interpretación a favor de la posibilidad del pacto de plazos superiores a los sesenta días si no son abusivos, con apoyo en una interpretación sistemática y de acuerdo con la normativa comunitaria de lucha contra la morosidad y el principio de autonomía de la voluntad<sup>1305</sup>.

<sup>1301</sup> Ya respecto de la Proposición de Ley, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “EU late payments: Probablemente el primer caso de la infracción de derechos fundamentales por la legislación europea”, 30 de abril de 2010, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, señala la contradicción entre la supresión de cualquier autonomía de la voluntad de las partes mediante la fijación del plazo máximo de 60 días desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios y el hecho de que la Proposición considere nulas todas aquellas cláusulas que difieran en cuanto al plazo de pago cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor: “¿Por qué el legislador dice que no se puede ampliar un plazo establecido en la ley para luego decir indirectamente que por razones objetivas dicho plazo podría ampliarse por pacto?”.

<sup>1302</sup> VICIANO PASTOR, J., “La reciente regulación de la morosidad en España: una historia legislativa desacertada”, en VVAA, *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de Valencia, Valencia, 2010, p. 603. El autor se sorprende por el encaje del artículo 9 en el sistema: “Como sabemos, el artículo 9 de la Ley 3/2004 prevé la nulidad de las cláusulas pactadas que difieran del régimen subsidiario previsto en el artículo 4, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor. Sin embargo, la nueva regulación legal, al menos en relación con los plazos de pago, no tiene un contenido subsidiario pues ha eliminado la libertad de pactos, convirtiendo el antiguo régimen subsidiario en régimen imperativo. En todo caso, podrán pactarse plazos más cortos que los previstos en la Ley pero no creo que para éstos esté previsto el régimen del artículo 9 de la Ley. La pregunta que me asalta es ¿para qué está previsto el régimen del artículo 9 entonces? No me es posible pensar en supuestos abusivos pues en ningún caso entiendo que pactar plazos inferiores a sesenta días pueda considerarse abusiva. Entiendo que es ésta una nueva asimetría de la Ley que, al cambiar el régimen dispositivo por el imperativo, debería haber eliminado también el régimen previsto en el artículo 9”.

<sup>1303</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El nuevo régimen legal de la morosidad...”, op. cit., pp. 18 y ss.

<sup>1304</sup> CARRIÓN REAL, L., “¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a 60 días? Por una interpretación sistemática y conforme a la normativa comunitaria de la ley de lucha contra la morosidad”, *Diario La Ley*, núm. 7932, septiembre 2012.

<sup>1305</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “EU late payments...”, op. cit., aun estando totalmente en contra de la norma, señala respecto de la Proposición de ley que “[L]a única forma de cohonestar las dos normas es decir que este último precepto permite evaluar las cláusulas que prevean plazos de pago entre 0 y 60 días”.

Sin embargo, la modificación del precepto por el Real Decreto-Ley de 2013 a su texto actual y la ratificación por la Ley 11/2013, de 26 de julio, nos parece que elimina cualquier género de duda sobre la no posibilidad de pactar plazos superiores a los sesenta días<sup>1306</sup>. A nuestro juicio, la interpretación conjunta que daría coherencia a los artículos 4 y 9 de la Ley sería aquella según la cual los plazos pactados inferiores a treinta días no supondrían ningún problema, los pactos de plazos superiores a sesenta días serían nulos por contravenir una norma imperativa y el artículo 9 tendría su campo de actuación, de este modo, para aquellos plazos que convinieran las partes, superiores a treinta días e inferiores a sesenta, que podrían ser considerados válidos si no fueran considerados abusivos por el juez.

Efectivamente, resulta complicado deducir del artículo 4 en su redacción vigente que quepa pacto sobre un aplazamiento que sobrepase los 60 días naturales. Al introducir el intervalo de 30 días en defecto de plazo convencional, parece que recobra sentido la valoración de abusividad del artículo 9, en el sentido que hemos expuesto en el párrafo anterior. Además, los términos literales del apartado tercero del artículo 4 son tajantes al indicar que no se puede acordar un plazo superior “*en ningún caso*”. No son desdeñables las críticas que han arreciado contra este recorte a la libertad contractual. La situación antes de la reforma de 2010 (y de la doble confirmación en 2013) era de semiimperatividad normativa<sup>1307</sup>: se fijaba en defecto de pacto el plazo de 30 días, exigiéndose una justificación objetiva para que las partes pudieran convenir un plazo mayor que el establecido en la norma como Derecho dispositivo pero siendo posible este pacto si pasaba el control de abusividad. Con el texto actual en la mano, queda claro que la norma por la que se prohíbe un plazo mayor de 60 días es totalmente imperativa, sin que quepa pacto en contrario al margen de cualquier control de abusividad. ALFARO ve en esta restricción un problema de constitucionalidad:

*“Esto [en referencia al artículo 4 de la Ley tras la reforma operada en 2010] tiene que ser inconstitucional (art. 38 CE y art. 10 CE). De acuerdo con el artículo 3 de la misma Ley, esta prohibición de pactos contractuales sobre la fecha de pago se aplica a todos los contratos entre empresas (no solo a la relaciones entre fabricantes y distribuidores) y constituye una*

---

<sup>1306</sup> La única diferencia que presenta el texto de la Ley 11/2013 de julio respecto del RD-Ley 4/2013 de febrero es una rebaja del plazo en el que los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a los clientes, pasando de los 30 días en que estaba previsto a 15, a contar desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios.

<sup>1307</sup> El término de “*semiimperatividad normativa*” lo introduce MIRANDA SERRANO, L. M., “La Ley 15/2010...”, op. cit., p. 8.

*restricción brutal de la libertad contractual de empresa y la necesidad (¿) de cortar los abusos no es justificación suficiente”*<sup>1308</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia VICIANO PASTOR<sup>1309</sup>, para quien “*el nuevo artículo 4 de la Ley 3/2004 no debería superar el test de constitucionalidad con la libertad de empresa*”, destacando el autor la desproporción de la norma para alcanzar el objetivo deseado, la protección de la Pyme. También manifiesta su clara oposición CARRIÓN LEAN, entendiendo que se produce un ataque un principio básico como es el de libertad de pactos así como al Derecho comunitario. Y es que, a lo expuesto, cabe añadir un problema más: la Directiva de 2011 por la que se modifica la del año 2000, si bien señala también el plazo de 60 días como máximo, no lo inviste de la imperatividad de la norma española. Nótese que el artículo 3.5 de la Directiva compele a los Estados miembros a velar por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales pero completa el precepto con un “matiz” muy relevante, que es la aceptación de pacto en contrario con condicionantes puesto que el límite que representan los 60 días lo es “*salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 7*”. Es decir, el legislador comunitario contempla expresamente la posibilidad de que el aplazamiento sea superior a sesenta días. Intención que se corrobora con la lectura del Considerando 13:

*“En consecuencia, debe preverse que, como norma general, los plazos de pago contractuales entre empresas no excedan de 60 días naturales. No obstante, pueden darse casos en que las empresas necesiten plazos de pago más amplios, por ejemplo cuando las empresas desean conceder créditos comerciales a sus clientes. Por consiguiente, las partes deben seguir teniendo la posibilidad de acordar expresamente plazos de pago superiores a 60 días naturales, siempre que esta ampliación no sea manifiestamente abusiva para el acreedor”*.

---

<sup>1308</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “¿Es una restricción proporcional de la libertad contractual prohibir todos los pactos contractuales sobre el plazo para evitar los abusos?”, 29 de junio de 2010, <http://derechomercantilesparana.blogspot.com>. El mismo autor, en referencia a la Directiva de 2011, cuando todavía estaba en tramitación y contando con que pudiera imponerse un plazo máximo de 60 días al estilo de la normativa española, criticó abiertamente este hecho, considerando que podría producirse un “*primer caso de infracción de derechos fundamentales por la legislación europea*”: “*Forma parte de la Carta de Derecho Fundamentales de la Unión Europea la libertad contractual y la libertad de empresa. ¿Puede alguien justificar como una restricción proporcionada de la libertad contractual y de empresa la prohibición de conceder a mis clientes un plazo para pagarme superior a 60 días? [...] Si hay abusos, que se corten los abusos pero una regulación prohibitiva de pactos entre particulares que tienen todo el sentido económico y de Justicia del mundo [...] es una restricción desproporcionada de la libertad de empresa*” (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “EU late payments...”, op. cit.).

<sup>1309</sup> VICIANO PASTOR, J., “La reciente regulación de la morosidad...”, op. cit., p. 602.

Así las cosas, las reformas de 22 de febrero y de 26 de julio de 2013, lejos de acercar el criterio español a la regulación de la Directiva, confirman la norma de 2010 y la introducción de un límite imperativo en el aplazamiento del pago, quedando en el aire la incertidumbre acerca de la adecuación entre ambos textos.

Pero no solo la relación entre la normativa comunitaria y la nacional en lo que a plazo de pago se refiere presenta problemas sino que también se ha escrito mucho acerca de la Ley de lucha contra la morosidad (LMOC, en adelante) y su nexa con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM, en adelante), cuyo artículo 17 se encarga de la determinación de los plazos de pago a los proveedores. Dado que el ámbito de aplicación puede ser confluyente en algunos casos<sup>1310</sup>, cabe preguntarse por la relación entre ambas normas y si la LOCM se ve afectada y, en su caso, cómo, por las restricciones de la Ley contra la morosidad<sup>1311</sup>.

Aunque la LMOC deroga todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la Ley de morosidad salvo las que, “*en relación a la determinación del plazo*

---

<sup>1310</sup> Según el artículo 1 de la LOCM, su ámbito de aplicación es el del comercio minorista, entendiendo por éste “*aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento*”. Tras la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y de orden social, se amplía, sin embargo, su campo de acción al afectar a la LOCM incluyendo una Disposición Adicional, la sexta, con el siguiente texto: “*Lo dispuesto en los artículos 9, 14 y 17 de la presente Ley, será de aplicación a las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes*” (artículo 56). En los mismos términos confirma esta ampliación el Real Decreto 367/2005, de 8 de abril, que desarrolla el artículo 17.3 de la Ley 7/1996, en sus artículos 2.2, 3.3 así como 4.2. De ahí que ya no haya duda en afirmar que la LOCM afecta al comerciante minorista y mayorista, tal y como señala MIRANDA SERRANO, L. M., “La Ley 15/2010, de modificación normativa...”, op. cit., p. 22.

CASTILLO PLAZA, C. A., “Los plazos de pago de la Ley 15/2010: Incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 10, 2012, pp. 126 y ss., se plantea si la intención de aplicación general de la Ley de morosidad es real en la medida en que la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es aplicable a un gran amplio número de sujetos. Entiende que los comerciantes que podrían estar excluidos del ámbito de la LOCM serían los fabricantes o transformadores de bienes o productos, dado que no se dedican a comprar y vender mercancías ya completamente terminadas sino que intervienen en su elaboración. A esta idea llega a la vista de la respuesta que da la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a la consulta de una empresa que oferta el servicio de pizzas, tanto en el restaurante como a domicilio y, según la cual, parece que el criterio administrativo de sujetarse a la LOCM o a la LMOC dependerá del destino de los bienes que adquieran, si es para una venta directa o para transformación previa. El autor concluye que los problemas que supondría tener que atender a esta diferencia, cuando en ambos casos los sujetos “comercian”, serían tales que parece que lo eficiente y lógico es atender a la aplicación general subjetiva de pagos de la LOCM para todos los comerciantes, de una manera amplia.

Se puede acceder a la respuesta a la consulta en el Buzón Oficial de la Dirección General de Política Comercial en el enlace [http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Ordenacion-del-Comercio/PDF/Faq\\_OrdenacionComercio.pdf](http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Ordenacion-del-Comercio/PDF/Faq_OrdenacionComercio.pdf) (pp. 10 – 11).

<sup>1311</sup> Antes de entrar en la LOCM, cabe señalar que no es la única normativa que se puede ver afectada. Es el caso de la Ley de contrato terrestre de mercancías, cuyo artículo 41 (“*demora en el pago del precio*”) debe ser reinterpretado conforme a la LMOC, a la que remite (EMPARANZA SOBEJANO, A., “Autonomía privada y régimen jurídico...”, op. cit., pp. 49 – 50).



*de pago, resulten más beneficiosas para el acreedor*” (Disposición derogatoria única), es la Disposición adicional primera del mismo texto la encargada de regular de forma expresa la relación entre las normas, disponiendo la supletoriedad de la Ley de morosidad respecto del artículo 17 LOCM:

*“En el ámbito de los pagos a los proveedores del comercio que regula la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se estará en primer lugar a lo dispuesto por el artículo 17 de dicha Ley, aplicándose de forma supletoria esta Ley”.*

Por último, mediante la Disposición final segunda de la norma de 2004 se modifica precisamente el artículo 17 de la LOCM, quedando el régimen de plazos de pago a los proveedores de la siguiente manera. En primer lugar, se atenderá al pacto entre las partes, a falta del cual se entenderá que el pago debe ser hecho antes de 30 días a partir de la fecha de entrega de las mercancías, no pudiendo, en ningún caso, prorrogarse este plazo en el supuesto de productos de alimentación frescos o perecederos (*“aquellos que por sus características naturales conservan sus cualidades aptas para comercialización y consumo durante un plazo inferior a treinta días o que precisan condiciones de temperatura regulada de comercialización y transporte”*). Para el resto de productos de alimentación y los productos de gran consumo (*“aquellos fungibles de compra habitual y repetitiva por los consumidores y que presenten alta rotación”*) podrán fijarse plazos que excedan de esos 30 días pero que no lo hagan de 60, salvo pacto expreso con requisitos, como es la existencia de *“compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que el proveedor sea beneficiario”*. En todo caso, no podrán rebasar los 90 días. Para el resto de productos, se permite el pacto de aplazamientos que excedan de los 60 días siempre que quede instrumentado el pago en documento que lleve aparejada acción cambiaria, plazos que excedan de los 90 días, si este documento es endosable a la orden y que excedan de 120 días, pudiendo en este caso exigir el vendedor garantía mediante aval bancario o seguro de crédito.

Sin embargo, y aunque ya de por sí tener dos regulaciones para el plazo de pago con un ámbito subjetivo parcialmente coincidente y que no están totalmente coordinadas entre sí no es la mejor de las situaciones<sup>1312</sup>, la Ley 15/2010, de reforma de la LMOC, vino a

---

<sup>1312</sup> Criticado ampliamente por la doctrina: PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones...*, op. cit., p. 104; MIRANDA SERRANO, L. M., MIRANDA SERRANO, L. M., “La Ley 15/2010, de modificación...”, op. cit., p. 27.

complicar todavía más el panorama. Sin mención alguna a la LOCM, regula en su Disposición adicional primera un régimen especial para productos agroalimentarios, según el cual, los productos de alimentación frescos y perecederos no podrán tener un plazo de pago que exceda de treinta días a partir de la fecha de entrada de las mercancías mientras que, en el caso del resto de alimentos, este plazo se puede ampliar a sesenta días sin que quepa ningún tipo de posibilidad de alargar el aplazamiento de pago. Si comparamos estas disposiciones con las recogidas en el artículo 17 de la LOCM (tras el 2004) que se han expuesto en el párrafo anterior, se observa que, si bien no hay problemas con los alimentos frescos o perecederos (en ambos casos se prevé un plazo de treinta días improrrogable), sí que existe una incompatibilidad respecto del régimen del resto de alimentos: para éstos, la LOCM permite el aplazamiento de pago hasta los sesenta días y, si median compensaciones económicas equivalentes a este mayor aplazamiento a favor del proveedor, hasta noventa días; por el contrario, la reforma de 2010 no permite la posibilidad de ampliar el plazo más allá de los referidos sesenta días. No se pronuncia el legislador, como sería deseable, acerca de la compatibilidad de ambas normativas, silencio que se ha mantenido tanto en el RD-Ley de 22 de febrero de 2013 como en la Ley 11/2013, de 26 de julio, generando una gran incertidumbre en una cuestión tan básica como es saber la propia vigencia de las normas a aplicar<sup>1313</sup>.

La Dirección General de Comercio Interior emitió en 2010 un informe “*Sobre diversas cuestiones interpretativas del régimen jurídico en materia de aplazamiento de pago*”<sup>1314</sup> en el que analizaba, entre otras, la relación entre el artículo 17 de la LOCM y la Disposición adicional primera de la Ley 15/2010. Aunque se trata de un informe no vinculante, como advierte el propio documento, resulta interesante recoger su argumentación y conclusiones que, adelantamos, van en la línea de respaldar la vigencia del artículo 17 LOCM, salvo en lo afectado por la Ley de 2010 respecto de los alimentos no perecederos ni frescos<sup>1315</sup>. Entiende

---

Es de observar, en todo caso, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas falló a favor de considerar correcta la trasposición española de la Directiva 2000/35/CE en lo que al artículo 17 de la LOCM se refiere, desestimando así la demanda de la Comisión de las Comunidades Europeas. El órgano jurisdiccional (STJCE, Sala Primera, Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. Sentencia de 11 de diciembre de 2008 [TJCE\2008\303]).

<sup>1313</sup> Incertidumbre tal que lleva a algún autor a hacer afirmaciones tales como que “*con casi total seguridad*” ha dejado en vigor el art. 17 LOCM (CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 853).

<sup>1314</sup> MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, Informe firmado el 28 de septiembre de 2010 y emitido tras la solicitud de aclaración por parte de una serie de Asociaciones de determinados aspectos, entre otros, del régimen de plazos para los productos regulados en el artículo 17 de la Ley 7/1996.

<sup>1315</sup> Esto, cuando se hubieran cumplido los periodos transitorios a los que se refiere la Disposición transitoria segunda de la Ley de 2010, que recoge un calendario que afecta tanto a las modificaciones de los plazos del artículo 4 como al régimen especial de los productos agroalimentarios, que se ajustarían progresivamente hasta que, a partir del 1 de enero de 2013, fueran de sesenta días –salvo los productos alimentarios frescos o perecederos–.

el órgano administrativo que existiría una contraposición, en cuanto que el régimen especial de una norma señala la posibilidad de pacto y el régimen especial de otra lo proscribiera. En este caso habría que estar a lo que establece la norma de 2010 por ser posterior y aplicar el criterio cronológico. Respecto del resto de productos no incluidos en la mención de la reforma de la Ley contra la morosidad, seguirían siendo de aplicación a juicio del informe por no haber sido derogados ni por la derogatoria genérica de la Ley de 2010 ni por un régimen especial que incluya a estos productos: *“la controversia normativa de este caso se plantea entre una norma anterior-especial (el artículo 17.3 y 4 de la LORCOMIN) y otra posterior-general (la generalidad de la Ley 15/2010), enfrentándose entonces el criterio de especialidad al criterio cronológico y que debe resolverse a favor del criterio de especialidad, por estar más dotado de fuerza e importancia, conforme a la doctrina mayoritaria, que el criterio cronológico”*.

A pesar de que es cierto que la limitación del plazo de pago en todos los casos y tipos de productos a los sesenta días sin posibilidad de pactar un plazo mayor está en consonancia con la que parece la intención del legislador de 2010, que ha querido introducir una regulación más estricta –tendencia que, por si cabía alguna duda, se ha visto confirmada en 2013-, y que existen sin duda argumentos que respaldan entender derogada el artículo 17 LOCM, a falta de jurisprudencia, nos inclinamos por la vigencia de este precepto. No parece muy lógico que todo el régimen de plazos en él recogido – con la redacción que le dio de forma expresa, además, la propia LMOC en 2004- se quede sin virtualidad por una disposición tan genérica como la de la Ley 15/2010 que, además, no hace referencia en ningún momento a la LOCM y se refiere tan solo a un tipo de productos (los agroalimentarios), sin mención alguna al resto. Se estaría echando por tierra un régimen de plazos de pago con una simple omisión y una disposición derogatoria muy general (todas las normas de igual o inferior rango salvo, en lo relativo a los plazos de pago, las que resulten más beneficiosas para el acreedor). A todo ello se suma, de manera especial a nuestro juicio, la incertidumbre sobre la voluntad real del legislador: si bien, como apuntábamos, la intención aparente es endurecer la regulación en todas las operaciones comerciales, los debates parlamentarios y las enmiendas aprobadas suscitan dudas acerca de esa generalidad pues parece desprenderse de ellos la voluntad de que siga vigente la LOCM.

MIRANDA SERRANO, en un trabajo de 2011, previo a la más reciente reforma de la Ley de morosidad, expone su postura a favor de la vigencia de los artículos 16 y 17 de la LOCM, sosteniendo la existencia de dos regímenes diversos de lucha contra la morosidad, uno general, representado por la Ley de morosidad, y otro especial, recogido en los artículos

arriba citados<sup>1316</sup>. Basa su conclusión atendiendo a la Disposición adicional primera de la Ley 15/2010 así como sobre la voluntad del legislador, contraria a derogar los artículos 16 y 17 LOCM, tal y como se desprendió de la tramitación parlamentaria y una serie de enmiendas presentadas durante la misma que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar una norma según sus antecedentes históricos y legislativos. Efectivamente, tal y como señala el autor, a la Disposición Derogatoria segunda del texto remitido por el Congreso de los Diputados (*“Quedan derogadas expresamente las letras f) y g) del apartado 1 y el apartado 2, ambos del artículo 65 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y todas las normas de igual o inferior rango en lo que se contradigan o se opongan a lo dispuesto en esta Ley”*) se presentan tres enmiendas, dos de las cuales nos interesan para demostrar la intención del legislador de mantener en vigor el texto de la LOCM (BOCG, Senado, Serie III-B, de 7 de mayo de 2010). Una de ellas es la presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU), enmienda número 30, que proponía la supresión de esta disposición con el objetivo de *“mantener el régimen sancionador propio de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, conforme a las especificidades del sector”*, enmienda que fue aceptada (BOGC, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 169-17, de 15 de junio de 2010, p. 12)p. 2), al revés que la presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas (GPSN), que proponía su supresión pero por el motivo contrario (*“por referirse a plazos que exceden de 60 días, que están suprimidos por la presente Proposición de Ley y que por lo tanto en cuanto haya transcurrido el calendario de la Disposición Transitoria Segunda, no serán aplicables”*), y que no tuvo eco.

Pues bien, reforzando el argumento, lo mismo sucedió en la tramitación de la reciente Ley de 2013: el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia y el Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió* presentaron sendas enmiendas (número 123 y 192, respectivamente) proponiendo la incorporación a la Disposición derogatoria única de dos nuevos incisos:

---

<sup>1316</sup> MIRANDA SERRANO, L. M., “La Ley 15/2010, de modificación normativa...”, op. cit., pp. 19 y ss. También a favor de la vigencia de los artículos de la LOCM, GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El nuevo régimen legal...”, op. cit., pp. 37 – 38; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 853; CASTILLO PLAZA, C. A., Los plazos de pago de la Ley 15/2010..., op. cit., pp. 123 – 126; Modificación de la Ley 3/2004, sobre morosidad, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, 2010, p. 532.

En contra, VICIANO PASTOR, J., “La reciente regulación de la morosidad en España...”, op. cit., p. 604, quien entiende que el artículo 17 LOCM se ha quedado en lo esencial sin contenido a partir de la entrada en vigor de la Ley de 2010 y ALVAREZ OLALLA, P., “El nuevo plazo de cumplimiento de las operaciones comerciales...”, op. cit., p. 4, que infiere la derogación del carácter imperativo del plazo establecido en el artículo 4.

*“Queda derogada expresamente la Disposición Adicional Primera. Régimen de pagos en el comercio minorista de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.*

*Queda derogado expresamente el artículo 228.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en lo que respecta a los productos de alimentación no frescos ni perecederos y gran consumo y el artículo 17.4 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”.*

La justificación de los proponentes de la enmienda residía en la contraposición entre la normativa de antimorosidad vigente y la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2004, que debía ser derogada por conculcar la primera, al sembrar inseguridad jurídica y permitir que en el ámbito del comercio minorista se puedan ampliar los aplazamientos de pago por encima de los 60 días naturales para determinados productos. Sin embargo, las enmiendas fueron rechazadas en la tramitación parlamentaria, lo que puede llevar a concluir que, a *sensu contrario*, los citados artículos siguen vigentes<sup>1317</sup>.

Y del plazo de pago pasamos a los otros aspectos de los que se ocupa también la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales buscando la protección de la parte débil de las relaciones, que son los relacionados con la **mora del deudor**, sus presupuestos y consecuencias. El artículo 5 de la norma, sin que haya sufrido variaciones su redacción desde el 2004 a través de las distintas reformas, dispone el devengo automático de los intereses de demora ante el incumplimiento del plazo y sin necesidad de aviso de vencimiento o intimación alguna. No supone esto variación respecto del criterio general contenido en el Código de Comercio cuyo artículo 63 también señala que el deudor se considera constituido en mora y, por tanto, obligado a pagar el interés correspondiente, desde el día siguiente al de vencimiento de la obligación, sin que sea necesaria la interpelación del acreedor, a diferencia del régimen general del Código civil<sup>1318</sup>. Nada que objetar tampoco respecto del artículo 6 relativo a los requisitos para que se puedan exigir

<sup>1317</sup> Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, Proyecto de Ley de medidas de apoyo al emprendedor (procedente del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero), BOCG, Serie A, 29 de mayo de 2013, núm. 43-3, pp. 105, 163 – 164.

<sup>1318</sup> Artículo 63.1 “*Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1. En los contratos que tuvieran día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por Ley, al día siguiente de su vencimiento*”. Para aquellos supuestos en los que puede haber distintas posturas en la doctrina acerca de la necesidad de interpelación, sí que supondría una mejora porque la Ley de lucha contra la morosidad es clara en aplicar el criterio de mora automática a todas las situaciones que entren en su ámbito de aplicación (vide DÍEZ-PICAZO, G., “La Directiva 2000/35/CE, sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., et al (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1741 – 1742; PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones...*, op. cit., pp. 123 – 124; 128 y ss.)

los intereses de demora y que se concretan en dos: cumplimiento de su obligación por parte del acreedor y retraso en el pago por parte del deudor, a menos que éste “*pueda probar que no es responsable del retraso*”<sup>1319 1320</sup>.

Ninguna gran modificación ha introducido el legislador en sus reformas de 2010 y 2013 en lo que al tipo de interés de demora se refiere. Buscando eludir que al deudor le salga más rentable no cumplir en plazo con su obligación de pago, el legislador ha querido fijar un interés más alto que el recogido en los textos legales generales (artículo 1.108 Código civil y 341 Código de Comercio). De este modo, el artículo 7 permite a las partes pactar el interés moratorio que, en defecto de pacto, será “*la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales*” (hasta febrero de 2013 era más siete puntos porcentuales). Límite que es relativamente imperativo puesto que, como tendremos ocasión de analizar al hilo del mencionado artículo 9, las partes podrán apartarse de este tipo de interés siempre y cuando el pacto no sea considerado abusivo y, por tanto, nulo.

Además de la obligación de pago de un interés de demora, la Ley de lucha contra la morosidad dispone como consecuencia del incumplimiento del deudor responsable del retraso el pago de una indemnización en concepto de costes de cobro que haya sufrido el acreedor a causa de la mora y que hayan sido debidamente acreditados<sup>1321</sup>. Así lo dispone el artículo 8 del referido texto legal, recurriendo el legislador antes de la reforma de 2013 a

---

<sup>1319</sup> En cuanto a la responsabilidad, se ha querido ver aquí una inversión de la carga de la prueba (PEREZ DE LA CRUZ, A., “La mora en las operaciones interempresariales...”, op. cit., p. 484, señala que no se trata de una responsabilidad objetiva y que el punto central es determinar a quién le corresponde la prueba de la culpabilidad o inculpabilidad, apostando por una inversión de la misma; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., “La lucha contra la morosidad...”, op. cit., p. 858, por su parte, entiende “*que se requiere la culpa como elemento de la mora, si bien con la presunción de tal culpa salvo prueba en contrario, solución que se aproxima a la no exigencia de culpa, al menos desde el punto de vista práctico*”) o un incumplimiento entendido en sentido objetivo (DÍEZ-PICAZO, G., “La Directiva 2000/35/CE...”, op. cit., p. 1744, respecto de la trasposición de la Directiva al ordenamiento español, manifiesta su esperanza de que rijan las reglas de responsabilidad objetiva, exonerándose tan solo el deudor mediante la prueba de caso fortuito; PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones...*, op. cit., pp. 209 y ss., que sostiene igualmente, ya a la vista de la Ley 3/2004, que el deudor no ha de probar haber desplegado la diligencia debida sino la existencia del caso fortuito).

<sup>1320</sup> La reforma de febrero de 2013 añade un tercer párrafo al artículo 6 referido al supuesto de que las partes hubieran pactado calendarios de pago para abonos a plazos: “*cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha acordada, los intereses y la compensación previstas en esta ley se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas*”. Entendemos que el pacto de pago aplazado no puede vulnerar el límite de los 60 días imperativos porque, de lo contrario, sería tan sencillo como introducir una cláusula de este tipo para eludir la rigidez de la norma de lucha contra la morosidad.

<sup>1321</sup> Señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación del crédito comercial...”, op. cit., pp. 18 -19, que el reconocimiento de esta indemnización no aumenta realmente la protección del acreedor al estar este derecho reconocido en el artículo 1.108 Código civil.

una fórmula de cálculo basada en los principios de transparencia y proporcionalidad, en la que la indemnización no podía superar en ningún caso el 15 por ciento de la cuantía de la deuda salvo aquellos casos en los que la deuda no fuera mayor de 30.000 euros. Con la última reforma estos criterios se han sustituido por una cifra fija que asciende a 40 euros que directamente se añadirá a la deuda principal. Esta cantidad, sin embargo, podrá ser aumentada si los costes de cobro debidamente acreditados que el acreedor ha tenido que soportar son superiores.

Pero si hay un precepto que reviste una gran importancia para nuestro trabajo no es otro que el artículo 9 que, bajo la rúbrica “**Cláusulas y prácticas abusivas**”, representa una gran novedad en la contratación entre empresarios al introducir por primera vez la idea de control de contenido, coto exclusivo hasta ese momento, como sabemos, del Derecho de consumo. Y lo hace con una terminología que se identifica claramente con la utilizada en el ámbito de la protección de consumidor (a modo de ejemplo, “*será nula una cláusula contractual [...] cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del [...]*”). Hay que destacar, además, el hecho de que este control de cláusulas abusivas se establece respecto de toda cláusula, esto es, no solo respecto de las condiciones generales sino también en relación con aquellas cláusulas que hayan sido individualmente negociadas. En su redacción hasta las reformas de 2013, el artículo 9, en lo que a nosotros más nos interesa, configuraba un control del plazo de pago, el interés de demora y los requisitos para poner al deudor en situación de mora que tenía como consecuencia la nulidad de dichas cláusulas cuando tuvieran “*un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio*”. Por otra parte, se tenía en cuenta, en el caso del plazo y del tipo de interés, la existencia de “*alguna razón objetiva para apartarse*” de los valores subsidiarios dados por el legislador así como dos criterios más: si la cláusula “*sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor*” y si “*el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas*”.

Con el Real Decreto-Ley de febrero de 2013 se modificó la redacción del apartado primero del artículo 9, redacción que ha vuelto a verse afectada por la Ley 11/2013, quedando el texto de la siguiente manera:

*“1. Será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas:*

- a) Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal.*
- b) La naturaleza del bien o del servicio.*
- c) Y cuando el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora del apartado 2 del artículo 7, o de la cantidad fija a la que se refiere el apartado 1 del artículo 8.*

*Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.*

*En todo caso, son nulas las cláusulas pactadas entre las partes o las prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, o aquellas que excluyan el cobro de dicho interés de demora o el de la indemnización por costes de cobro prevista en el artículo 8. También son nulas las cláusulas y prácticas pactadas por las partes o las prácticas que excluyan el interés de demora, o cualquier otra sobre el tipo legal de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 7, cuando tenga un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, entendiendo que será abusivo cuando el interés pactado sea un 70 % inferior al interés legal de demora, salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en este artículo, pueda probarse que el interés aplicado no resulta abusivo<sup>1322</sup>.*

Vayamos por partes. Como se puede observar, ha habido cambios sustanciales en el control de contenido que configura el artículo 9.1 de la LMOC<sup>1323</sup>. En primer lugar, no todos los

---

<sup>1322</sup> Según habíamos apuntado al inicio, la Disposición Final 6ª del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo afecta al párrafo tercero del artículo 9.1 LMOC, pero sin que tenga relevancia para nosotros. Simplemente añade un inciso final según el cual: “Esta posible modificación del interés de demora, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas con la Administración”.

<sup>1323</sup> A efectos comparativos, el artículo 9.1, según el Real Decreto-Ley, de 22 de febrero, vigente de forma breve hasta finales de julio, tenía la siguiente redacción: “Serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo



criterios de valoración de la abusividad se han mantenido y, por otra parte, se ha incluido alguno adicional. Entre los que han sido eliminados en la última reforma de julio de 2013 se encuentra la prestación de garantías adicionales por parte del deudor<sup>1324</sup> así como la mención a los usos habituales del comercio. En este último caso, ya el legislador había dejado clara con anterioridad su intención de evitar que por la vía de los usos del comercio pudieran cometerse extralimitaciones. Por una parte, en el propio texto legal, con la advertencia de que no se consideraría uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos. Por otra, en la Exposición de Motivos, al afirmar el desplazamiento de los usos del comercio que hubieran consagrado plazos de pago excesivamente dilatados y que la referencia a los usos de comercio como elemento de valoración del posible carácter abusivo de una cláusula *“toma este extremo solo como un dato factual y objetivo que permite comparar la actuación de un operador con la situación del tráfico mercantil en cada momento”*<sup>1325</sup>. Permanece la obvia referencia a la naturaleza de los bienes o servicios<sup>1326</sup> así como a la existencia de una razón objetiva para apartarse de los valores

---

*legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 1 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7 respectivamente, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6 cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. Se presumirá que es abusiva aquella cláusula que excluya la indemnización por costes de cobro del artículo 8. No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos. Tales prácticas tendrán también la consideración de abusivas y serán impugnables en la misma forma que las cláusulas por las entidades a que se refiere el apartado 4 de este artículo. Para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal del interés de demora dispuesto en el artículo 4.1 y en el artículo 7.2 respectivamente; se tendrá en cuenta la naturaleza del bien o del servicio o si supone una desviación grave de las buenas prácticas comerciales contraria a la buena fe y actuación leal. Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas”.*

<sup>1324</sup> MIRANDA SERRANO, L. M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008 p. 396, relaciona estas garantías adicionales, entre otras, con las recogidas en la LOCM respecto de aplazamientos mayores, como el aval bancario o seguro de crédito o caución que el artículo 17.4 exige para aplazamientos de pago superiores a los ciento veinte días.

<sup>1325</sup> Señala ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “El control de contenido de las cláusulas de morosidad...”, op. cit., p. 232, que a pesar de que muchos usos comerciales han cristalizado en cláusulas o condiciones generales insertadas en formularios, este hecho no les excluye del control de abusividad.

<sup>1326</sup> Criterio elemental en la medida en que, como se puede ver en el estudio de las distintas cláusulas a lo largo de este trabajo, las características del bien o servicio objeto del contrato pueden hacer variar la valoración de las condiciones del mismo. Sin ir más lejos, por ejemplo, en la propia LMOC o en la LOCM, la cualidad de producto fresco o perecedero de un bien conlleva que el plazo de pago sea menor. Así mismo, este criterio está presente en el control de contenido en contratos con consumidores (artículo 82.3 TRLGDCU). Tal y como explica LEMA DEVESA, C.; TATO PLAZA, A., “La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad...”, op. cit., p. 8, la naturaleza del servicio o producto puede determinar de forma importante su período de rotación, entendiendo por éste el período aproximado que tardará el comprador en proceder a su reventa y recuperar la inversión. Si el plazo de pago que se fija es en gran medida superior a ese período de rotación, la abusividad puede venir de la mano de una financiación u obtención de liquidez del deudor a costa del acreedor.

fijados subsidiariamente por el legislador, aunque con algún matiz ya que, si antes se aplicaba para el plazo, el tipo de interés y la compensación, ahora solo se valora respecto de estos dos últimos, dejando fuera la posibilidad de que los contratantes se aparten de los plazos marcados en la norma aunque sea con un argumento objetivo<sup>1327</sup>. Del mismo modo, la búsqueda de liquidez adicional por el deudor a expensas del acreedor o condiciones impuestas por el contratista a sus proveedores o subcontratistas no justificadas<sup>1328</sup> son dos parámetros más que se proporcionan para valorar la abusividad de una cláusula. En cuanto a las incorporaciones, merece una crítica positiva la inclusión de la figura de la buena fe en el control de contenido. Así lo hace el primero de los criterios que recoge el artículo 9.1, refiriéndose a “*cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal*”, criterio literalmente extraído de la Directiva de 2011 y que se convierte en una suerte de cláusula general.

Llama la atención la escasa armonización con este texto que presenta el Anteproyecto de Código Mercantil, que dedica una serie de artículos a regular la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles así como, en concreto, la “*Morosidad en operaciones entre empresarios o entre éstos y los poderes públicos*” (artículos 418-4 a 418-6), con remisiones a la norma principal a aplicar, la LMOG. Entre otros aspectos, sorprende que, en materia de cláusulas que pueden verse afectadas de nulidad por diferir de lo marcado por el legislador, se señalen como criterios, junto con la naturaleza del producto, precisamente los dos eliminados con la última reforma de la Ley de lucha contra la

---

<sup>1327</sup> RUIZ MUÑOZ, M., “Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales”, en CANDELARIO MACÍAS, M. I. (dir.), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 306 – 307, se centra en este criterio por considerarlo aglutinador del resto ya que, al final, se trata de valorar si existe una justificación o no para que el contenido de la cláusula se aparte de la regulación legal. Dentro de estas razones objetivas, se plantea la posibilidad de que una de las circunstancias a tener en cuenta para la admisión de una cláusula sea el precio: por ejemplo, a mayor plazo de pago, un precio superior que compense los gastos del aplazamiento. Sin embargo, con la vigente redacción de la ley, solo quedaría margen para este sistema de tarifas hasta los 60 días, por no estar permitidos aplazamientos mayores.

Esta idea es similar a la planteada por LEMA DEVESA, C.; TATO PLAZA, A., “La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad...”, op. cit., p. 12, a la inversa, a través de los ampliamente utilizados en el tráfico mercantil *descuentos por pronto pago*, es decir, aquel descuento que compensa por la reducción de los plazos de pago establecidos legalmente. El interrogante que plantean los autores es si podría ser declarada abusiva una cláusula que recogiera un descuento significativamente superior al coste legal del dinero. Nótese que, aunque la finalidad de la Ley 3/2004 sea la de acortar los plazos de pago en las operaciones mercantiles, una cláusula de este tipo no dejaría de generar un notable perjuicio al acreedor y permitiría al deudor, por el contrario, obtener una liquidez adicional a sus expensas.

<sup>1328</sup> La redacción de la norma, “si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas” deja claro que la comparación con las condiciones que al contratista le son impuestas es un ejemplo de razón objetiva pero no el único con lo que, al final, se trata de ver las condiciones están objetivamente justificadas.

morosidad: los usos de comercio y la prestación por parte del deudor de garantías adicionales (artículo 418-6)<sup>1329</sup>.

Pues bien, tras este conjunto de elementos para valorar la abusividad de las cláusulas según las circunstancias, se añade en la reforma de julio de 2013 un último párrafo que parece incluir algún supuesto de cláusulas “negras”, como se suelen denominar, por contraposición a las “grises” -en la medida en que aquéllas serán nulas siempre, sin necesidad de previo análisis por el operador jurídico-, así como una presunción. En cuanto a lo primero, el tercer párrafo del artículo 9.1 LMOC afirma tajantemente que son nulas, “*en todo caso*”, aquellas cláusulas o prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora o que excluyan su cobro o el de la indemnización. Y cierra el párrafo el legislador con dos reiteraciones y la referida presunción. Repite expresamente la prohibición de exclusión del interés de demora (“*También son nulas las cláusulas y prácticas pactadas por las partes o las prácticas que excluyan el interés de demora*”) y la nulidad de aquellas que de forma abusiva supongan cualquier otro efecto sobre el tipo de interés establecido subsidiariamente en el texto legal, aunque, en este último caso, aportando un dato para la valoración: se presumirá abusivo un interés que sea un setenta por ciento inferior al legal de demora, siendo ésta una presunción *iuris tantum* (“*salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en este artículo, pueda probarse que el interés aprobado no resulta abusivo*”).

Las nada desdeñables y continuas reformas que ha sufrido la Ley de lucha contra la Morosidad, la redacción ciertamente criticable en algunos aspectos, la existencia de duplicidades, diversos criterios de determinación de la abusividad de las cláusulas y de cláusulas “grises” y “negras”, hacen aconsejable una recopilación y puesta en claro de las

<sup>1329</sup> Entendemos que debido a un error tipográfico, se echaba en falta en la Propuesta de la Comisión previa al Anteproyecto parte del artículo que, tal y como aparecía en el texto oficial del Ministerio de Justicia, carecía de un sentido completo (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>). El artículo 418-6 de la Propuesta, bajo la rúbrica “*Nulidad de cláusulas pactadas modificando lo anterior*”, rezaba: “*Serán nulas las cláusulas pactadas entre los contratantes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto a los plazos de pago y al tipo legal de intereses moratorios de los establecidos en los dos artículos anteriores cuando consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos de comercio, la naturaleza del producto y la prestación por parte del deudor de garantías adicionales. Se presumirá que es abusiva la cláusula que excluya la indemnización por costes de cobro*”. Es de suponer que, bien tras la palabra “cuando”, bien tras los criterios de valoración, era necesario insertar una expresión que hiciera referencia a la idea de abuso en perjuicio del acreedor para completar la oración (“*cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor*”, si tomamos como referencia el artículo 9.1 LMOC, según su redacción de 2010; “*cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor*”, según su redacción vigente). Finalmente el error se ha subsanado en el texto del Anteproyecto habiendo optado por una redacción intermedia al referirse a que “*tengan un contenido manifiestamente abusivo en perjuicio del acreedor*”.

ideas que se han expuesto en líneas anteriores para determinar los límites a la autonomía de la voluntad que supone en su ámbito de aplicación y en su redacción actual la norma<sup>1330</sup>:

- En cuanto a los requisitos para exigir el interés de demora, será nula en todo caso aquella cláusula que exija unas condiciones diferentes a las marcadas por la ley en el artículo 6, esto es, generalizando, cumplimiento por el acreedor de sus obligaciones y retraso del deudor en el pago.
- Por lo que se refiere a la indemnización por costes de cobro, las partes pueden pactar una indemnización diferente a la dispuesta en el artículo 8 (cantidad fija de 40 euros más aquellos otros costes de cobro debidamente acreditados en lo que la excedan), estando sujeto tal pacto al control de contenido del artículo 9 para determinar si la compensación pactada resulta manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor o no. Sí lo será –y, por tanto, conllevará su nulidad en todo caso- el pacto que excluya la indemnización por costes de cobro.
- Respecto al interés de demora, será nulo sin lugar a valoración alguna el acuerdo que exonere al deudor de la obligación de pagar interés moratorio. Los contratantes pueden pactar el tipo de interés que consideren aunque, en el caso de que se separe del fijado por el legislador como subsidiario en el artículo 7.2 (el aplicado por el Banco Central Europeo en determinadas operaciones más ocho puntos porcentuales) será susceptible de valoración por parte del operador jurídico que tendrá que determinar si es abusivo teniendo en cuenta los criterios del control de contenido establecido en el artículo 9. Aunque tendrá que verse a la luz de las circunstancias del supuesto de hecho concreto, ya que se trata de una presunción *iuris tantum*, se presumirá la abusividad si el tipo de interés pactado es un 70% inferior al interés legal de demora.
- Por último, en cuanto al plazo de cumplimiento, en términos generales, a falta de pacto de las partes, será el de 30 días naturales tras la recepción de mercancías o

---

<sup>1330</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “El control de contenido de las cláusulas de morosidad...”, op. cit., pp. 219 - 220, en el año 2006 planteaba la duda de si el artículo 9 se aplicaba tan solo respecto de las cláusulas de aplazamiento de pago e interés de demora o también podía ser invocado en relación con otras cláusulas. Si bien el autor concluía a favor de una interpretación flexible en beneficio del acreedor, siendo susceptible de tener que someterse al control toda cláusula que tuviera alguna conexión jurídica o económica con las cláusulas de morosidad, hoy en día parece que esas dudas han desaparecido en tanto en cuanto el propio artículo 9 hace referencia a los distintos posibles pactos.

prestación de los servicios. Las partes pueden acordar otro plazo de pago distinto (salvo productos de alimentación frescos y perecederos) siempre y cuando no supere los 60 días naturales, límite imperativo para la autonomía de la voluntad de los contratantes. El plazo pactado dentro de estos límites está sujeto al control de contenido del artículo 9 porque, aun siendo inferior a los 60 días máximos, puede resultar, a la vista de las circunstancias, abusivo en contra del acreedor y, por ende, nulo.

¿Qué valoración merece esta norma? A pesar de sus buenas intenciones ha sido ampliamente criticada por el recorte que supone a la autonomía de la voluntad. No olvidemos que, además de la limitación a la libertad de pacto de plazo de pago, la Ley 3/2004 se aplica tanto a cláusulas abusivas contenidas en condiciones generales como aquellas que han sido individualmente negociadas (*a sensu contrario*, artículo 9.3<sup>1331</sup>). Ciertamente es la Directiva la que insta a controlar todo pago efectuado como contraprestación en operaciones comerciales, tanto inserto en cláusulas pactadas como en condiciones generales, pero también lo es que la norma comunitaria permite que las partes acuerden un plazo de pago mayor a los valores fijados por el legislador si no es abusivo (intuimos que siendo consciente de la importancia del crédito comercial en el tráfico mercantil), mientras que la regulación española es imperativa en ese sentido desde el giro que dio la Ley 3/2004 en con la reforma de 2010 y que se ha consagrado en 2013, de tal forma que, en principio, en ningún supuesto pueden los contratantes fijar un plazo superior al determinado por el legislador.

Según ALFARO<sup>1332</sup>, resulta difícil justificar la intervención del legislador en el crédito comercial para imponer términos contractuales de forma imperativa. Más vehemente es VICIANO PASTOR<sup>1333</sup> al afirmar que esta limitación a la libertad de las partes es “*uno de los cambios en nuestro Derecho inter privados más importante de los últimos siglos*” o ÁLVAREZ OLALLA<sup>1334</sup>, para quien la regulación supone una limitación a la autonomía de la voluntad insólita en las relaciones entre empresas. Apunta la autora que “*una cosa es limitar la libertad de contratación, mediante el control de abusividad, en la medida en que*

<sup>1331</sup> Artículo 9.3: “Serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1”. Artículo que, a nuestro juicio, casi tiene más valor en este sentido, como indicador de que las cláusulas negociadas están incluidas en el ámbito de la norma, que para clarificar que las condiciones generales lo están.

<sup>1332</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación del crédito comercial...”, op. cit., p. 9.

<sup>1333</sup> VICIANO PASTOR, J., “La reciente regulación de la morosidad...”, op. cit., p. 602.

<sup>1334</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P., “El nuevo plazo de cumplimiento de las operaciones comerciales...”, op. cit., p. 4.

*tal libertad no ha sido ejercida de un modo efectivo por una de las partes debido a la supremacía del poder negociador del otro contratante, y otra muy distinta declarar nulo un pacto que fije un plazo de pago mayor al establecido legalmente, sin tener en cuenta que el mismo ha podido ser acordado, no desde la imposición, sino en virtud de una auténtica negociación, obteniendo ambas partes beneficio mutuo. En estos casos no hay razón alguna para anular la autonomía de la voluntad”*<sup>1335</sup>.

Efectivamente, como sabemos, en el Derecho privado español la intervención del legislador en un contrato es un hecho excepcional y su razón de ser se fundamenta, en el caso del control de contenido de las condiciones generales, en el proceso mediante el cual se formaliza el contrato, proceso caracterizado por un déficit de voluntad por parte del adherente, que justifica tal injerencia. *A priori*, tal déficit de voluntad no existe en el caso de cláusulas individualmente negociadas. MIRANDA SERRANO<sup>1336</sup> se ha detenido en el análisis del control de abusividad respecto de las cláusulas negociadas individualmente, ofreciendo dos interpretaciones para explicar el encaje. Una primera, que denomina “*liberal o de mercado*”, según la cual el control de contenido de este tipo de pactos atentaría contra el principio de la autonomía contractual y la libertad de empresa, de tal forma que el único modo de entender el artículo 9 es en el sentido de que se aplica a aquellas cláusulas que aparentemente puedan parecer negociadas pero que, en realidad, no son producto de la verdadera autonomía de la voluntad sino de la situación de dependencia o dominio del deudor sobre el acreedor, quedando fuera del control de la norma, por tanto, aquellos pactos que sí son resultado de un verdadero proceso de negociación<sup>1337</sup>. Eso podría explicar mejor el porqué del control aunque

---

<sup>1335</sup> También a favor de un cierto margen para las partes, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 171; GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El nuevo régimen legal de la morosidad...”, op. cit., p. 7; CASTILLO PLAZA, C. A., “Los plazos de pago de la Ley 15/2010...”, op. cit., p. 111; MIR PARDÓ, L.; FORÉS CHACORI, E.; VIVES MARTÍNEZ, G., “Tres visiones reales y críticas de la Ley 15/2010...”, op. cit., p. 8. RUIZ MUÑOZ, M., “Cláusulas abusivas y morosidad...”, op. cit., p. 303, habla de una cierta “*desazón conceptual*” como resultado de la entrada en la lucha contra la morosidad de las cláusulas pactadas, apartándose de uno de los elementos característicos en materia de cláusulas abusivas, como es que se trate de cláusulas no negociadas individualmente.

No es de la misma opinión GONZÁLEZ PASCUAL, J., “Medidas normativas para combatir la morosidad”, *Partida Doble*, núm. 231, abril 2011, p. 25, para quien con la reforma de la Ley de lucha contra la morosidad “*se anula definitivamente la perniciosa libertad de acuerdo entre las partes contratantes, tan perversa al derivar con frecuencia esa libertad hacia abusos de posición dominante. Se fijan, por fin, plazos máximos de cobro irrevocables*”.

<sup>1336</sup> MIRANDA SERRANO, L. M., *Aplazamientos de pago...*, op. cit., pp. 379 y ss.

<sup>1337</sup> En este sentido se manifiesta PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones comerciales...*, op. cit., p. 277: “*los pactos individualmente negociados entre las partes que carezcan del elemento impositivo están sustraídos del control de la abusividad que se contempla en el artículo 9 Ley 3/2004*”. De opinión contraria es ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 164 – 165, para quien la normativa española exige solo que las cláusulas sean abusivas para declararlas nulas y no la imposición aunque reconoce que “*otra cuestión distinta es que no es fácil que en una negociación puedan darse cláusulas abusivas*”. Sin descartar la primera solución pero encontrando serios obstáculos para su aplicación (la no existencia de una laguna jurídica que deba ser interpretada porque la Ley parece clara al respecto; la dificultad probatoria de cuándo se está ante un pacto aparente o real), RUIZ MUÑOZ, M. “Cláusulas abusivas y morosidad...”, op. cit., p. 300.

la realidad es que la norma no parece exigir que exista ningún tipo de dependencia o similar sino que se aplicar, directamente, a todo pago. En virtud de la otra interpretación, la “*social o socializante*”, teniendo presente la experiencia y realidad práctica, el legislador, en su búsqueda de erradicar la morosidad comercial, lo que ha hecho es incluir en el control del artículo 9.1 todo pacto partiendo de la sospecha de que existe algún tipo de déficit de funcionamiento de la autonomía privada cuando las partes se separan de la regulación legal sobre el interés o los plazos sin que exista una justificación objetiva para ello. Apunta el autor arriba citado que este razonamiento queda ínsito al concepto de cláusula abusiva, de la que no tiene mucho sentido hablar, en sentido técnico, cuando ha existido una verdadera negociación individual y sí en caso contrario: un gran desequilibrio no justificado en una cláusula hace pensar que no ha sido aceptada de forma libre por el contratante al que perjudica. Esta interpretación, a nuestro juicio más acertada, es la que permite explicar la aplicación de la Ley tanto a cláusulas impuestas como a aquellas otras formalmente negociadas sin que exista ninguna oposición frontal con la constitucionalidad o la tradición del Derecho de contratos.

La oportunidad de esta rígida regulación es asimismo puesta en duda por el escaso impacto de la Ley 3/2004 en la morosidad comercial: en 2012 España se sitúa claramente entre los países con mayor tasa de morosidad (93 días de media), muy por encima de los 54 días de la media europea<sup>1338</sup>. Se achaca a diversos factores como el desconocimiento de la norma (dudoso argumento en la actualidad puesto que en 2012 el 93% de las empresas afirmaron conocer la legislación sobre morosidad<sup>1339</sup>), la ausencia de cultura de cobro y excesiva permisividad ante los retrasos en el pago<sup>1340</sup>, quizá fundadas sobre el temor de los

<sup>1338</sup> Datos obtenidos de diversos estudios, *vide* Plataforma Multisectorial contra la Morosidad (PMcM), Nota de prensa de 13 de febrero de 2013; BRACHFIEL, P., “Directiva de Lucha contra las operaciones comerciales”, *PMcM*, 16 de abril de 2013, Madrid, pp. 42 y ss.; “El problema de la morosidad empresarial”, 13 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/el-problema-de-la-morosidad-empresarial>; INTRUM JUSTITIA, European Payment Index 2013. En un nuevo informe sobre el año 2013, se señala que el promedio de plazo de pago disminuye hasta los 85 días (aunque solo representa un 8.6% menos y, en todo caso, los datos indican que un 68% de las empresas han sido obligadas a aceptar plazos mayores a los 60 días legalmente establecidos).

Cierto es que en junio de 2013, el Instituto Nacional de Estadística ha publicado un estudio según el cual el importe de los efectos de comercio impagados disminuye un 34,2% en junio respecto del mismo mes en el año anterior aunque también lo es que la financiación a través del descuento de efectos comerciales se va restringiendo cada vez más a las empresas con clientes solventes, lo que tiene su repercusión en los porcentajes de impagados (BOLAÑOS, A., “La financiación entre empresas cae al nivel más bajo en una década”, [http://economia.elpais.com/economia/2013/08/12/actualidad/1376340503\\_171303.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/08/12/actualidad/1376340503_171303.html)).

<sup>1339</sup> BRACHFIEL, P., “Directiva de Lucha contra las operaciones comerciales”, *PMcM*, 16 de abril de 2013, Madrid, p. 52.

<sup>1340</sup> BRACHFIEL, P., “Los condicionantes de la morosidad”, 17 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/los-condicionantes-de-la-morosidad>, identifica las posibles causas de la morosidad, resaltando entre todas la cultura empresarial y los hábitos de pago, la ausencia de una cultura de cobro de los acreedores y la excesiva permisividad ante los retrasos en el pago, el tejido y la estructura empresarial y el marco legal. Estos factores pesan mucho más que otros, como la coyuntura económica, el sistema financiero o el sector económico. Apoyando esta idea de la falta de cultura empresarial que fomente el pago puntual como algo prioritario, según señala BRACHFIEL, P., Directiva de

empresarios a estropear las relaciones comerciales con la otra parte contratante, más todavía si existe una cierta dependencia, algo habitual<sup>1341</sup> (de hecho, en 2012, un 53% de las empresas admitieron no reclamar nunca los intereses de demora y un 24% casi nunca<sup>1342</sup>). Por otra parte, aunque la norma incluye por primera vez en el ámbito de la contratación entre empresarios procedimientos para la defensa de los intereses colectivos mediante las acciones de cesación y de retracción de la LGCG por parte de ciertas entidades (asociaciones, federaciones y corporaciones de empresarios, profesionales, trabajadores autónomos y de agricultores que tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y colegios profesionales –art. 9.4 y 5), la poca costumbre que hay en España del uso de estos mecanismos hacen dudar de su utilidad como protección<sup>1343 1344</sup>.

Por último, la vía mayoritaria por la que los acreedores intentan resolver los incumplimientos de pago es la gestión amistosa (88%<sup>1345</sup>) y, ante el fallo de estos

---

Lucha contra las operaciones..., op. cit., pp. 3. 5, mientras que la intencionalidad de pago tardío representa en el conjunto de la Unión Europea el 35% de las causas de retraso en el pago, en España ese porcentaje asciende al 62%. En este sentido se manifiesta también el Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales del MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO (*Observatorio PYME*, marzo 2010, p. 5) señalando como una de las causas del alargamiento excesivo y progresivo de los plazos de pago y que ha generado una cultura de la morosidad, la falta de voluntad de pago de muchas empresas que, en sentido estricto no pueden calificarse de morosas y que, sin embargo, demoran intencionalmente los pagos a proveedores para obtener beneficios atípicos gracias al *float comercial* (el periodo desde la entrega del producto al cliente hasta la fecha de cobro) obtenidos mediante los flujos de efectivo retenidos.

<sup>1341</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “El control de contenido de las cláusulas de morosidad...”, op. cit., p. 215; VIDAL DOBLES, L., L., “Efectividad de la Ley de Medidas de Lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales y su reciente modificación”, *Diario La Ley*, núm. 7521, diciembre 2010, p. 4; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., “La lucha contra la morosidad...”, op. cit., p. 880; MIRANDA SERRANO, L. M., “La Ley 15/2010, de modificación normativa...”, op. cit., p. 5.

<sup>1342</sup> BRACHFIEL, P., “Directiva de Lucha contra las...”, op. cit., p. 53. De hecho, en el estudio llevado a cabo por el MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales, *Observatorio PYME*, marzo 2010, p. 5, pone de manifiesto que “*los proveedores suelen reclamar los intereses de demora y gastos únicamente a aquellos clientes con los que no estén particularmente interesados en continuar la relación comercial o a aquellos deudores que tengan una dependencia del producto o servicio suministrado por el acreedor*”.

<sup>1343</sup> Así lo apuntan ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “El control de contenido de las cláusulas de morosidad...”, op. cit., pp. 215, 236 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “La Ley 15/2010, de modificación normativa...”, op. cit., p. 16. Este último autor, en este sentido, señala la conveniencia de haber incluido al Ministerio Fiscal como legitimado activamente para el ejercicio de estas acciones.

<sup>1344</sup> Aun así, debemos resaltar que en los últimos años hay cada vez más jurisprudencia al respecto. A modo de ejemplo, consideran pertinente aplicar los intereses de demora de la Ley: las SSAP de Valencia de 26 de marzo de 2008 [JUR\2008\190135], de León de 18 de octubre de 2009 [JUR\2009\477446], de Madrid de 3 de marzo de 2010 [AC\2010\938] y de 22 de noviembre de 2010 [JUR\2011\64055], de Almería de 5 de mayo de 2011 [JUR\2011\341595], de León de 19 de abril de 2013 [JUR\2013\200467], de Valencia de 30 de abril de 2013 [JUR\2013\254871]. Sobre el artículo 4, SAP Zaragoza de 16 de noviembre de 2010 [JUR\2010\41495] y, en relación con el artículo 9, considerando la inexistencia de razón para apartarse de lo dispuesto en el artículo 4 sobre el plazo, SAP de Las Palmas de 29 de octubre de 2010 [JUR\2011\252950]. Sobre el artículo 8 y la indemnización de los costes y gastos, SAP de Murcia de 21 de marzo de 2013 [JUR\2013\153943], dejando entrever que los importes de los servicios de abogado y procurador para la reclamación de la deuda se ven incluidos (al final resuelve en sentido contrario pero por otros elementos).

<sup>1345</sup> BRACHFIEL, P., “Directiva de Lucha contra...”, op. cit., p. 55.



mecanismos, el recurso a la vía judicial es muy bajo (23% de las empresas aproximadamente en España). La duración media de un pleito, las dificultades y altos costes de los procesos son, entre otros, factores que desincentivan a los acreedores a emprender acciones judiciales para reclamar el pago de sus créditos morosos, lo que ha sido identificado por muchos como el verdadero problema de la morosidad. De ahí que un denominador común en la doctrina sea la demanda de la instauración de un procedimiento adecuado para agilizar la posible reclamación ante los órganos jurisdiccionales<sup>1346</sup>.

En definitiva, movido por la necesidad de atajar el creciente problema de la morosidad empresarial<sup>1347</sup>, el legislador nacional ha traspuesto la Directiva europea de forma muy rigurosa en lo que a plazo de pago se refiere –tanto, que, como se ha visto, está en entredicho la coherencia entre ambos textos-. Por el contrario, sin embargo, deja algunos cabos sueltos que introducen una cierta inseguridad jurídica y que cuestionan la vocación de generalidad de la normativa. Así lo hace, entre otros, la duda acerca de la vigencia o no de determinados preceptos de la LOCM, según los cuales se admitiría el pacto de plazos mayores a los 60 días para un colectivo muy amplio y que representa una buena parte del ámbito de aplicación de la LMOC, o la posible interpretación del límite de los 60 días plazo a añadir a los 30 del período de aceptación o comprobación de las mercancías, lo que daría un plazo total de 90 días<sup>1348</sup>. En lo que a nosotros respecta, con sus luces y sus sombras, lo que está claro es que la Ley de lucha contra la morosidad ha supuesto introducir en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez la idea del control de contenido en la contratación entre empresarios, respaldando a la doctrina que venía llamando la atención sobre el hecho de que el juicio de abusividad, con los ajustes pertinentes, no tenía por qué ser exclusivo del Derecho de consumo. Lo hace, además, “a lo grande”, sujetando a control no solo

---

<sup>1346</sup> ARRUNADA, B., “La Ley contra la morosidad comercial”, *InDret*, julio 2004, p. 10; AGUILLAUME GANDASEGUI, G., “El ámbito de aplicación subjetivo...”, op. cit., p. 1689; VICIANO PASTOR, J., “La reciente regulación de la morosidad...”, op. cit., p. 605; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., “La lucha contra la morosidad...”, op. cit., pp. 888 y ss.; BRACHFIEL, P., “Los condicionantes de la morosidad...”, op. cit.; BRACHFIELD, P., “La reclamación de los impagados a través de los tribunales”, 28 de mayo de 2103, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/recobro-de-impagados/la-reclamacion-de-los-impagados-a-traves-de-los-tribunales>. Desde la PMcM se ha propuesto también la implantación de medidas extrajudiciales como el mediador interempresas (BRACHFIEL, P., “Directiva de Lucha...”, op. cit., pp. 96 y ss.)

<sup>1347</sup> Más ahora que, tal y como señala la PMcM, la Comisión Europea tiene previsto abrir procesos de sanción contra los países que no cumplan con la Directiva contra la morosidad (15 de marzo de 2013, <http://www.pmcem.es/blog/noticias/la-comision-europea-ha-anunciado-que-muy-pronto-podran-empezar-a-abrir-procesos-de-sancion-contra-los-paises-que-no-cumplan-con-la-directiva-contra-la-morosidad>).

<sup>1348</sup> Nos remitimos a lo expuesto en líneas anteriores pero recordemos, brevemente, que en ambos casos se rechazaron durante la tramitación parlamentaria las enmiendas que iban dirigidas a eliminar cualquier género de duda acerca de la posibilidad de pactar plazos mayores a los 60 días desde la recepción de las mercancías o prestación de los servicios así como la derogación expresa de ciertos preceptos de la LOCM.

condiciones generales sino también cláusulas producto de una negociación previa, y con alguna limitación importante de la autonomía de la voluntad, como es el ya ampliamente analizado supuesto del plazo de pago. El control de contenido que se instaura en el artículo 9 del texto legal guarda una evidente similitud con la normativa tuitiva de consumidores. No es ajena la terminología, los criterios (es de aplaudir la inclusión de la buena fe, aunque no ha tenido lugar hasta la última reforma de julio de 2013) ni tampoco el esquema de funcionamiento. Se parte igualmente del Derecho dispositivo como modelo (el plazo –en algunos casos–, el tipo de interés o la indemnización fijadas por el legislador en la norma), teniendo que estar justificada cualquier desviación respecto de ellos si la cláusula es manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor, sujeto a tutelar. En caso contrario, la cláusula será nula. Por eso no resulta exagerado otorgar una gran importancia a la norma que nos ocupa y, en cierto modo, su valor como punto de inflexión porque, si bien puede no ser la única regulación que contenga la idea de un control en el ámbito contractual mercantil, la Ley de lucha contra la morosidad es, desde luego, la que lo estructura de forma completa y evoca el concepto de la “semi-imperatividad” del Derecho dispositivo. Es evidente el impacto de esto en un ordenamiento como el nuestro, que se negaba a reconocer al empresario adherente mayor protección que la que se desprendía del control de incorporación de la LCGC y el Derecho de obligaciones y contratos.

## **II. EL ARTÍCULO 1255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: LA MORAL**

Como sabemos, el artículo 1.255 Cc consagra tanto el principio de la autonomía de la voluntad como sus propios límites. Junto con la Ley imperativa, cuyo estudio nos ha ocupado los apartados anteriores, el legislador señala a la moral y al orden público como los otros dos cotos que tienen que observar las partes cuando ejercitan su libertad de contratación<sup>1349</sup>. Estas dos figuras son, en contraposición, abstractas y variables. Tiene toda su lógica que sea así si pensamos en el carácter permanente de la Ley, Derecho positivizado, cuyo mejor complemento es un concepto flexible que permita colmar los posibles espacios que pudieran surgir como consecuencia de la cambiante realidad y que el legislador no haya contemplado, bien por imprevisión, bien por no ser aconsejable descender al detalle en la norma bajo pena de una excesiva limitación<sup>1350</sup>.

---

<sup>1349</sup> “Libertad contractual y orden público actúan un poco a modo de vasos comunicantes: mientras que uno se llena, el otro se vacía...”, JULIEN, J., *Droit des obligations*, Larcier, Paris, 2012, p. 119.

<sup>1350</sup> En palabras de ESPIN (ESPIN CÁNOVAS, D., *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, Discurso de Apertura del año académico 1954 – 1955, Universidad de Murcia, 1954, pp. 57 - 58):

No en vano, DE CASTRO señaló la importancia de la moral, buenas costumbres y el orden público como medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia, “*el buen orden jurídico*”. De esta manera, señala el autor, “*el intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho, negar el amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia*”<sup>1351</sup>.

Inserta en una corriente que intenta romper con la idea tradicional de atenerse a la letra del contrato en todo caso, se publica en 1925 la obra de RIPERT, *La règle morale sans les obligations civiles*, en la que el autor plasma su tesis acerca de la moralización del Derecho<sup>1352</sup>. Poniendo en duda la concepción imperante en la época según la cual la normativa tenía una precisión suficiente para dar lugar a una aplicación “*casi matemática*”<sup>1353</sup> de la misma, reserva un papel importante al juez, al que confía un derecho de control que consiste en asegurar el respeto a la regla moral y censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales. Los textos existentes son, a juicio de RIPERT, suficientes para probar que el legislador es consciente de la necesidad de recurrir a la ley moral para completar las reglas normativas establecidas por el Derecho, haciendo los tribunales aplicaciones constantes de estos textos<sup>1354</sup>. De hecho, señala que, precisamente, la influencia

---

“*Esa exaltación del valor de la ley, si por una parte contribuía poderosamente a fijar los términos del Derecho y por tanto a la seguridad de las relaciones jurídicas, por otra, venía paradójicamente, a encerrar en su propio seno, el germen de la inadaptación de las formas jurídicas, a la realidad social vital, cuando pasados los años, permaneciese inmutable el mismo texto legal, por las dificultades de progresión legislativa inherentes a muchas épocas o situaciones políticas, porque a veces atraviesan los Estados. Se produce entonces un estancamiento de la producción de normas jurídicas, que cuando se prolonga en el tiempo da lugar a esa inadaptación de formas jurídicas a que me refería, con su inevitable secuela del divorcio entre las normas anquilosadas y la realidad del mundo jurídico privado*”.

<sup>1351</sup> DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas...”, op. cit., p. 1037.

<sup>1352</sup> RIPERT, G., *La règle morale dans...*, op. cit., 398 p. El autor pone de manifiesto que no hay en realidad diferencia de ámbito, naturaleza y objetivo entre la regla moral y la jurídica, pues el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral. La diferencia es de carácter: la regla moral deviene regla jurídica gracias a una sanción exterior necesaria para el objetivo a alcanzar. Cuando esta regla es así definida y sancionada por el legislador, se separa de la regla moral que le ha servido de fundamento, en el sentido de que el Derecho se identifica con el orden jurídico establecido que se sustenta a sí mismo (pp. 6 – 7).

Véase el estudio de ESPIN fechado en 1963 acerca de los conceptos de orden público y buenas costumbres en la doctrina francesa en el que, entre otras, llega a la conclusión de que el interés de doctrina y jurisprudencia por estas figuras no demuestra sino la voluntad de concebir el Derecho alejado de un pensamiento positivista y más tendente a la moralización del mismo (ESPIN CÁNOVAS, D., “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1963, pp. 818 – 819). En este sentido, GUESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3ª éd., LGDJ, 1993, pp. 106 – 107, señala la necesidad de determinación de las *bonnes mœurs* a pesar del riesgo de que, ante la falta de una moral objetivamente definida, haya que estar a las concepciones de los jueces a través de sus pronunciamientos.

<sup>1353</sup> RIPERT, G., *La règle morale dans...*, op. cit., p. 385.

<sup>1354</sup> *Ibidem*, p. 40.

de las ideas morales es más curiosa de observar en la jurisprudencia que en la legislación, porque, aunque ciertas reglas de conducta moral son positivizadas, al legislador no le gusta erigirse en moralista y, además, lo tiene difícil dado el carácter abstracto, general y permanente de la ley, que difícilmente permite tener en cuenta la infinidad de deberes morales. El juez, por el contrario, se encuentra situado en el medio de intereses opuestos y se convierte en el árbitro que puede tener en cuenta los valores morales de los litigantes<sup>1355 1356</sup>.

Habida cuenta de que, a pesar de su carácter extrajurídico, existe una clara relación entre moral y Derecho en general, y, en particular, que, en todo caso, el legislador lo erige como un límite a la autonomía de la voluntad, la cuestión es ahora intentar una aproximación al concepto de moral, concepto que, para empezar, hay que diferenciar de otros que también

<sup>1355</sup> *Ibidem*, pp. 34 – 35.

<sup>1356</sup> Recogiendo brevemente las distintas tradiciones respecto de la relación entre “Derecho” y “Moral” (identidad entre ambas –PLATON-; separación ya que obligan de forma diferente –KANT-; no separación absoluta y en todos los casos –JELLINEK-), HÄBERLE, P., “La ética en el estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho”, *Dereito*, vol. 5, núm. 2, 1996, pp. 160 – 161. También, GASCÓN ABELLÁN, M., “La tesis kantiana acerca de la obediencia al Derecho”, en CARVAJAL CORDÓN, J. (dir.), *Moral, Derecho y política en Immanuel Kant*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, pp. 229 y ss.; FERNÁNDEZ, E., “El Derecho y la Moral”, en PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E.; DE ASÍS, R. (dirs.), *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 69 y ss. PECES-BARBA se expresa en los siguientes términos respecto de la relación moral y Derecho (PECES-BARBA, G., Introducción, en PECES-BARBA, G. (coord.), *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, Universidad Carlos III; Instituto Bartolomé de las Casas, 1993, p. 12): “La dimensión moral es decisiva para el Derecho porque es la base de los grandes contenidos materiales que le guían en una determinada dirección con los valores y los principios que orientan a las restantes normas del ordenamiento, como en España los valores del artículo 1-1 y los derechos fundamentales, aunque esa moralidad legalizada o juridificada no es propiamente moral, sino ya Derecho”.

Ya en el ordenamiento jurídico privado, muchos son los autores que han llamado la atención sobre el peso de la moral: LLOPIS GINER, J. M., “La moral y el Derecho, una relación doctrinal llevada al Código civil”, en VVAA, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 625 y ss. (señalando que la relación entre moral y el Código civil, tras la reforma del Título Preliminar del mismo no es ya de separación sino de conexión (pp. 639 – 654)); Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 59; JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa...*, op. cit., pp. 686 – 687; REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, p. 255; ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 141 – 142. En concreto, COSSÍO, M., *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada, 1994, p. 102, señala que la pretensión de jurisprudencia y autores de acercar la moral al Derecho tiene como intención que en ningún caso las reglas jurídicas puedan estar por encima de la moral, sino que se maten en función de la misma, ya que otra cosa se opondría a los postulados de la justicia, que constituyen el fin último del Derecho. Del mismo modo, GARRALDA VALCÁRCEL, J., “La buena fe como vía para juridificar la moral”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 45, enero – marzo, 2003, pp. 173 y ss., considera necesaria la influencia de la moral en el Derecho porque de otra forma se pueden dañar de modo grave situaciones dignas de protección jurídica, siendo la moral un concepto ético-filosófico esencial en la regulación de las relaciones sociales de las comunidades humanas. ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 126, por su parte, califica los límites del artículo 1.255 como negativos, en el sentido de que son barreras y no objetivos a cumplir, lo que, en relación con la moral, apunta con acierto, implica que la pretensión no es que todos los contratos posean un determinado grado de moralidad sino, más bien, que no alcancen cotas de inmoralidad no permitida.

tienen una fuerte carga ética, como el de equidad, buena fe, abuso del derecho<sup>1357</sup>, así como del de orden público, aunque la conexión íntima con este último, que nos ocupará el siguiente epígrafe, es evidente<sup>1358</sup>.

También la moral es límite a la autonomía de la voluntad en Francia, apareciendo recogida como tal en el artículo 1133 Cc (*“La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public”*), precepto que completa al más general artículo 6 del mismo texto legal y en virtud del cual *“On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs”*. En el ordenamiento jurídico italiano, si bien el artículo 1322 del Codice civile proclama la libertad de las partes para fijar el contenido del contrato dentro de los límites de la ley, el artículo 1343 califica de ilícita aquella causa *“contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume”*.

Así mismo, en el ordenamiento jurídico alemán, el § 138.I BGB declara nulos los contratos contrarios a las buenas costumbres (*“gute Sitten”*), noción que englobaría tanto a la moral como al orden público<sup>1359</sup> y que representa también un concepto jurídico indeterminado necesitado de concreción<sup>1360</sup>, quedando dicha concreción en manos de los jueces, conscientes, sin embargo, de los peligros que esto supone<sup>1361</sup>. Haremos en un momento posterior referencia a la clasificación de supuestos en los que la doctrina ha agrupado las resoluciones de los tribunales que acuden al § 138 BGB para declarar la nulidad. Así, el objetivo principal de este parágrafo no es otro que evitar la formación de negocios jurídicos que son intolerables para la comunidad jurídica por apartarse de sus fundamentos éticos. Aunque, siguiendo a MAYER-MALY<sup>1362</sup>, junto a este objetivo de eliminación (*“Eliminationszweck”*) se encuentra también un objetivo de disuasión (*“Abschreckungszweck”*). Se trata el apartado primero de un precepto más general que el contenido en el § 138.II, dedicado, como ya señalamos en el

<sup>1357</sup> REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 260; CAPILLA RINCERO, F., Voz “equidad”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 2834; GARRALDA VALCÁRCEL, J., “La buena fe como vía...”, op. cit., p. 174.

<sup>1358</sup> Son *“dos figuras funcionalmente conexas”*, en palabras de JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales de las reglas...”, op. cit., p. 686. Haciendo referencia a la vertiente moral del orden público, ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 131. Acerca de la relación entre orden público y moral en la doctrina francesa, GUESTIN, J., *Traité de Droit civil...*, op. cit., 105, señala su profunda vinculación hasta el punto de afirmar que las buenas costumbres son el aspecto más especialmente moral del orden público respecto de que son indisociables. En el ordenamiento jurídico francés asimismo *vid.* ESPIN CÁNOVAS, D., ESPIN CÁNOVAS, D., *Los límites de la autonomía...*, op. cit., pp. 29 y ss; Las nociones de orden público..., op. cit., pp. 800 y ss.

<sup>1359</sup> MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of Contract...*, op. cit., p. 248.

<sup>1360</sup> MAYER-MALY, T., § 138..., op. cit., p. 1136; INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, *InDret*, julio 2009, p. 8.

<sup>1361</sup> MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law...*, op. cit., p. 248; ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones...*, op. cit., p. 196.

<sup>1362</sup> MAYER-MALY, T., § 138..., op. cit., p. 1132.

epígrafe correspondiente, a la figura de la usura y en el que se detallan una serie de requisitos que restringen su aplicación, aunque teniendo el mismo fundamento (de hecho, las clasificaciones de la doctrina incluyen también los negocios usurarios como claro ejemplo de contrato contra *bonos mores*). Como señala MARKESINIS<sup>1363</sup>, el ámbito de aplicación más acotado del segundo apartado del § 138 BGB ha incrementado los incentivos para buscar la nulidad alegando el primero, más general, si bien el hecho de que el legislador haya optado por no introducir un patrón de intercambio como único test de validez tiene que ser respetado por los tribunales. De ahí que, para la aplicación del § 138.I, la jurisprudencia exige, además de la prueba de un desventaja manifiesta, la presencia de ciertos factores invalidantes que siembren la duda acerca de la libertad con la que actuó el contratante. Sin embargo, en un gran número de casos este último requisito se ha suavizado mucho en comparación con el apartado referido a la usura: lo que ocurre en la práctica es que el requisito subjetivo del § 138.II reaparece diluido bajo la etiqueta de orden público del § 138.I BGB.

En el Derecho contractual europeo, intentando evitar la inestabilidad de los conceptos de inmoralidad, contrariedad a las normas imperativas, interés público, orden público y buenas costumbres, se hace referencia a una categoría amplia al regular los contratos ilegales. Así, en los PECL, el artículo 15:101 niega los efectos a aquel contrato que sea contrario a los principios reconocidos como inderogables en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea mientras que en el DCFR, de forma similar, se dice que un contrato es nulo si infringe un principio reconocido como fundamental en las leyes de los Estados miembros (II. 7:301)<sup>1364</sup>.

Centrándonos ya en el Derecho nacional, son numerosos los preceptos que incluyen una referencia a la moral o a las buenas costumbres. Así, junto con el estudiado artículo 1.255, entre otros, el Código civil se refiere a la causa ilícita como aquella que se opone a las leyes o a la moral (artículo 1.275), prohíbe como objeto de un contrato servicios contrarios a las buenas costumbres (artículo 1.271)<sup>1365</sup> y el artículo 1.116 se centra en los efectos de las condiciones, entre otras, contrarias a las buenas costumbres<sup>1366</sup>.

---

<sup>1363</sup> MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of Contract...*, op. cit., p. 254.

<sup>1364</sup> CASTRONOVO, C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte III, Giuffrè, Milan, 2005, 219 – 220; INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales...”, op. cit., pp. 33 y ss.

<sup>1365</sup> Aunque hay un matiz diferenciador entre la función de la moral en ambos artículos: si en el artículo 1255 se refiere a límite que afecta al contenido del contrato en el sentido de que lo que se declara inmoral es un pacto concreto del mismo, en el caso del 1275 la inmoralidad y, por tanto, ilicitud, afecta a la causa y, por ende, al contrato en su totalidad (lo mismo podría decirse si es el objeto del contrato el que se ve afectado de ilicitud). En este sentido, traemos a colación las palabras de REVERTE NAVARRO, Comentario al artículo 1.255..., op. cit., p. 261, quien distingue la moral como criterio para declarar ilícito un contrato por el objeto o la causa, de la moral como “*criterio extrapositivo que permite proclamar la ilicitud del pacto por el matiz inmoral que reviste la operación en un conjunto, con independencia de que en sí no encierre ningún elemento del contrato una directa antijuridicidad*”, siendo este último criterio el que verdaderamente configura a la

En la actualidad, la doctrina tiende a asimilar el concepto de “moral” con el de “buenas costumbres”, importado este último del Código civil francés y que se mantuvo en el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851<sup>1367</sup>, si bien luego fue sustituido por el de moral. DE CASTRO no encuentra en esta modificación ningún propósito con trascendencia jurídica<sup>1368</sup> y opina que no implica que el Código conceda mayor influencia a los dictados de la moral que el Derecho anterior sino que se trata de una cuestión de estilo, sin que el cambio de término cambiara el sentido propio de los antecedentes, que aludían a las “buenas costumbres” en su lugar. “*Las buenas costumbres*”, apunta, “*hacen referencia a la moral y, a*

---

moral como límite de la autonomía de la voluntad en la medida en que permitiría que contratos no afectados de nulidad por ilicitud de causa u objeto pudieran ser declarados nulos. De la distinta función de la moral en el artículo 1255 y 1275, también ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual y sus límites...”, op. cit., pp. 144 – 145. Por su parte, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 59, señala a los dos supuestos –límite a la autonomía de la voluntad, potenciación del requisito de la causa– como las dos vías de moralización de las relaciones, si bien en el estudio del artículo 1255 parece que extiende la inmoralidad del pacto al contrato entero: “*Al establecerse la moral como límite de la autonomía contractual, quedan impedidos los contratos inmorales. La inmoralidad del contrato afecta a la causa del mismo y lo hace ineficaz o nulo*”, aunque en un trabajo anterior marcaba la diferencia entre la nulidad derivada de los artículos 1275 y 1271 y la del 1255 del Código civil (Díez-PICAZO, L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1956, p. 1158). En todo caso, efectivamente entendemos que, en función de la importancia del pacto concreto que trasgrede el límite de la moral del artículo 1255 respecto del conjunto del negocio jurídico, así podría verse éste también afectado por la nulidad, no siendo así si es posible la eliminación del pacto por nulo sobreviviendo el resto del negocio jurídico (como dice, SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 48, habrá de valorarse el contrato en su totalidad para determinar si se puede anular únicamente la cláusula inhumoral o bien, no pudiendo separarse del resto del contrato, contagia la nulidad de todo el contrato). Al respecto apunta MIQUEL, J. M., “Comentario al artículo 82”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 735, comparando las consecuencias de una contravención de la cláusula de buena fe del TRLGDCU y del orden público y moral como límites del artículo 1255, que, en este último caso, las consecuencias de que una condición particular fuera contraria no son solo la nulidad parcial sino normalmente la nulidad de todo el contrato “*argumento ex art. 1116*”.

Respecto a la moral del artículo 1275 del Código civil, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1981 [RJ\1981\2081] apunta que “*cuando la causa del contrato es inhumoral o ilícita ha de partirse de que lo moral se refiere al fuero interno de los actos humanos, calificando éstos según su bondad o malicia [...] debiendo estimarse que existe tal causa ilícita al reputar ineficaz, por exigencias ineludibles de carácter social y moral, todo contrato que persiga un fin ilícito, aunque en sí no encierre ningún elemento de directa antijuridicidad pero revistiendo la totalidad de lo convenido un matiz inhumoral*” (también, STS de 1 de abril de 1982 [RJ\1982\1930]).

<sup>1366</sup> De igual modo, en el Código de comercio se pueden encontrar abundantes referencias a la moral en la Exposición de Motivos: respecto de la elección de la forma de los contratos, de los contratos celebrados en las Bolsas de Comercio, en cuanto a la cesión del seguro por el asegurador o el préstamo de fletes. No así en el texto en el mismo sentido que en el Código civil, lo cual no tiene mayor relevancia por ser esta última norma supletoria a aplicar.

En cuanto al texto de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, podemos ver que mantiene las mismas referencias a la moral y buenas costumbres (dentro de las que aquí nos importan: como límite a la autonomía de la voluntad, en el artículo 1237; en relación a la causa del contrato, artículo 1238; condiciones contrarias a las buenas costumbres, artículo 1112).

<sup>1367</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios...*, op. cit., pp. 33 – 34. El artículo 998 del Proyecto rezaba: “*La obligación, fundada en una causa falsa o ilícita, no produce efecto legal. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o a las buenas costumbres*”. El autor remite en su comentario a lo dispuesto por el artículo 994 (equivalente a nuestro actual 1271), en el que el mandato del legislador de que los servicios no sean contrarios a las leyes y buenas costumbres es calificado por él como “*una máxima de moral y jurisprudencia universal*” que “*se halla consignada en el artículo 1133 Francés y en todos los Códigos; nadie puede sobreponerse a las leyes naturales y civiles*” (p. 20).

<sup>1368</sup> DE CASTRO, F., *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...*, op. cit., pp. 1036 – 1037.

*la vez, a la consideración social, según aquella, de las conductas*”<sup>1369</sup>. De igual manera, concluye REVERTE la equivalencia de ambos conceptos debido a que “*necesariamente implican referencias dogmáticas a objetos culturales*”<sup>1370</sup>. Entre otros autores que apuestan por la asimilación de ambas figuras en este ámbito podemos destacar más recientemente a LÓPEZ Y LÓPEZ, para quien la equiparación puede pretender llevar a un terreno más objetivo el concepto de la moral, sin que la objeción de que pautas éticas generalizadas pero no exteriorizadas pudieran quedar fuera de la noción de moral desvirtúe, a su juicio, el razonamiento pues “*mal se podrá identificar una regla ética si no ha sido objeto de algún comportamiento, y no olvidemos que comportamientos son también las conductas omisivas*”<sup>1371</sup>.

El Código civil no proporciona una definición de lo que se puede entender como “moral” en cuanto a límite de la autonomía de la voluntad. Las aproximaciones a esta noción que se han dado en la doctrina son variadas. SCAEVOLA ponía de relieve la dificultad de su estudio ya que, a diferencia de la ley, que está escrita y a la que se puede acudir para examinar el pacto concreto, “*¿qué es la moral? ¿Dónde está escrita? ¿Cómo, por consecuencia, determinar si un pacto o condición va o no contra ella?*”. Este autor apunta que por moral cabe entender “*el conjunto de principios dominantes en un pueblo y en una época determinados como reguladores de la conducta del individuo, ya consigo mismo, ya en orden a los demás. Ir contra esos principios, admitidos por el común sentir, por la conciencia general, es ir contra la moral [...] Tiene que ser así lo inmoral algo que rechace la opinión colectiva, con independencia de clase y estado, como contrario a la norma de la vida, ya individual, ya de relación*”<sup>1372</sup>.

---

<sup>1369</sup> DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 245 – 246. De nuevo señalando la equivalencia: “*De aquí que el estigma de causa opuesta a la moral, o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por inmoral, el resultado [...]*” (p. 246).

<sup>1370</sup> Sobre la equiparación, REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., pp. 257 – 258.

<sup>1371</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Comentario al artículo 1255”, en CAÑIZARES LASO, A.; ORDUÑA MORENO, J.; PABLO CONTRERAS, P., et al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas, Navarra, 2011, p. 601. Utilizándolo de forma indistinta, también GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 160; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, II, op. cit., p. 445; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, op. cit., p. 284 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 1479; HIDALGO GARCÍA, S., Comentario al artículo 1255, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1369; ACEDO PENSO, A., “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 14 – 15, 1996 – 1997, p. 338.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 156, parece condicionar que moral y buenas costumbres sean equiparables a la realización de actos o prácticas: “*No es necesario [las convicciones que representan la moral] que se plasmen en actos concretos, aunque en algunas ocasiones el Código parece hacer sinónimas las expresiones “moral” y “buenas costumbres”, que exigirían una serie de prácticas o de actos en que aquellas convicciones encarnaran*”.

<sup>1372</sup> SCAEVOLA, Q. M., *Código civil*, vol. XX, Reus, Madrid, 1904, pp. 499 – 500. Otra definición es, por ejemplo, la de LLOPIS, entendiendo moral como “*el conjunto de reglas de comportamiento, en ocasiones*



Para REVERTE, son las *“reglas según las cuales se juzgan las conductas y los comportamientos contractuales de una comunidad en un momento y lugar determinado; la valoración (positiva o negativamente) que se hace por la comunidad de acuerdo con sus creencias, principios e ideas”*<sup>1373</sup>. ALMAGRO, por su parte, se refiere a la moral desde *“una óptica interpersonal”*, como *“aquellos criterios que rigen la conducta humana por encima de las propias inclinaciones, no con fuerza de obligar, pero sí con la convicción de no ser reprochado socialmente, si se actúa de conformidad con ellos, dentro de una comunidad determinada. La valoración del reproche social dentro de una línea de flexibilidad que toma como referencia el criterio medio aceptable, opera con independencia de la voluntad del sujeto enjuiciado”*<sup>1374</sup>, mientras que LÓPEZ Y LÓPEZ, señala que *“moral quiere indicar las convicciones éticas generalizadas de una sociedad, el conjunto de valores morales que dicha sociedad asumo como propios en un determinado tiempo y lugar”*<sup>1375</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia, como veremos, no ha recurrido de manera frecuente a la noción de moral y menos dando una definición de la misma. Dice la STS de 22 de mayo de 1993 [RJ\1993\3724] que la moral, *“concepto más amplio que el jurídico de ilicitud”*, *“ha de relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidad, recato, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social”*.

Todas estas definiciones o descripciones de la moral y las que se suelen manejar en la doctrina tienen varios puntos en común que nos interesa destacar. En primer lugar, es manifiesto que no se trata en ningún caso de una moral entendida en sentido individual, esto es, de los valores o convicciones éticas de una persona concreta, sino interpretada desde una perspectiva social: solo pueden ser límite de la autonomía privada aquellas creencias aceptadas por la colectividad, por la sociedad, no estando permitido, por tanto,

---

*fundadas en otro orden, que ordena a la persona en cuanto a su dimensión individual y social, y que procuran su perfeccionamiento”* (LLOPIS GINER, J. M., “La moral y el Derecho...”, op. cit., p. 628).

<sup>1373</sup> REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., pp. 256.

<sup>1374</sup> ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario a los artículos 1255 y 1256”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, p. 499.

<sup>1375</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 601.

que el órgano juzgador se guíe por sus creencias particulares sobre lo que es o no moral<sup>1376</sup>. También es aceptado hoy día que, tras la promulgación de la Constitución de 1978 y el correspondiente aconfesionalismo del Estado (artículo 16), la moral con trascendencia jurídica no se puede asimilar con una moral religiosa, por muy mayoritaria que sea<sup>1377</sup>. Por otra parte, el carácter de límite abstracto y cambiante es intrínseco a su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, lo que hace que sea relativo, referido a una comunidad y en un momento y lugar concretos<sup>1378</sup>. De forma sintética, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1991 [AC\1992\186] afirmaba que *“los límites de la moral y el orden público son conceptos jurídicos indeterminados, que como tales han de ser aplicados de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural”*.

Con estas características no es de extrañar que no haya sido un instrumento al que los tribunales hayan recurrido de forma abundante para limitar la autonomía privada pues un concepto tan impreciso conlleva una proporcional dificultad a la hora de aplicarlo a supuestos de hecho concretos. De ahí que tan solo cuando la vulneración a la moral ha sido flagrante es cuando se ha visto sancionada con la nulidad vía artículo 1255 Cc<sup>1379</sup>. Esto tiene su explicación. Algunos autores han advertido de los peligros de una desmesurada expansión de la moral como límite que, en la práctica, *“podría llevar a la imposición de un credo moral, sin guardar el debido respeto a convicciones legítimas, aunque minoritarias”* (LÓPEZ Y LÓPEZ<sup>1380</sup>). ÁLVAREZ LATA, por su parte, se plantea la utilidad real de la moral como límite de la autonomía privada -a la vista de la dificultad para definir el contenido de la moral social real y los escollos que presenta para el juez su aplicación-,

<sup>1376</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 166; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1255”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1479; ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual...”, op. cit., pp. 142 – 143; HIDALGO GARCÍA, S., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., 1370; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., pp. 600 – 601.

<sup>1377</sup> ACEDO PENSO, A., “El orden público actual...”, op. cit., p. 340; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 167 – 168; PASTOR VITA, F. J., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley*, núm. 6367, 2005 – 5, p. 1222; ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual...”, op. cit., p. 141; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 601.

<sup>1378</sup> ESPIN CÁNOVAS, D., *Los límites de la autonomía...*, op. cit., p. 13; GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los Contratos civiles y mercantiles*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 257 – 258; REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., pp. 255; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 165 – 166; PASTOR VITA, F. J., “Las condiciones generales...”, op. cit., p. 1222; HIDALGO GARCÍA, S., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 1369; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 601. Aunque Díez-Picazo, L., “La autonomía privada y el derecho...”, op. cit., p. 1157, considera a la moral como el más preciso de los tres límites al ser el orden público y la ley fluctuantes.

<sup>1379</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 167 – 170; MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 470; “Comentario al artículo 82...”, op. cit., p. 735,

<sup>1380</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 601.

concluyendo a favor de una restricción del papel de la moral que permitiera su empleo solo en aquellos ámbitos en los que existiera suficiente certeza en la determinación del concepto, “*como efectivamente se viene haciendo por la jurisprudencia*”, matiza<sup>1381</sup>.

¿Qué tipo de pactos o contratos han sido declarados nulos por la jurisprudencia por contravenir la moral?

Antes de ver algunos de los supuestos, nos parece de interés hacer referencia a la doctrina alemana y las diversas clasificaciones que ha hecho de los ámbitos en los que la jurisprudencia ha podido encontrar vulneraciones a las buenas costumbres en virtud del § 138 BGB que, como sabemos, engloba bajo el concepto “*gute Sitten*” a la moral y el orden público –por lo que hacemos extensivo lo aquí expuesto al régimen del orden público, a tratar en el siguiente epígrafe-. Siguiendo a MAYER-MALY<sup>1382</sup>, los grupos de casos o criterios (que no tienen el carácter de supuestos de fronteras fijas y totalmente separadas<sup>1383</sup>) serían los vinculados con: i) La seguridad del orden establecido (“*Die Absicherung anerkannter Ordnungen*”), dentro de los cuales nos interesa destacar la vulneración de la ética profesional. Como advierte el autor, el hecho de que exista un estatuto en una profesión no lo hace relevante para el §138.I directamente sino que debe tratarse del cumplimiento de deberes públicos<sup>1384</sup>. Citando a HEINRICHS, por el reconocimiento jurídico del estatuto de una profesión y la realización de las tareas de interés común puede una contravención a dicho código convertirse en una contravención a las buenas costumbres<sup>1385</sup>. En este grupo de casos cabe incluir también aquellos contratos contrarios a los principios de la moral sexual y del orden familiar; ii) La defensa contra las limitaciones a la libertad (“*Die Abwehr von*

<sup>1381</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 170 – 172. La autora señala como uno de los ámbitos en los que la moral podría desenvolverse como límite a la autonomía privada sería el de la moral profesional, puesto que aquí suele haber una cierta uniformidad en los usos de la profesión (precisamente, la vulneración de la ética profesional es una de las categorías de contratos contrarios a las buenas costumbres que la doctrina alemana ha hecho a partir de la jurisprudencia que aplica el § 138 BGB, tal y como veremos en el pie de página siguiente).

Aprovechando esta mención a las reglas profesionales, traemos a colación el llamado pacto de *quota litis*, pacto que tradicionalmente se ha considerado contrario a la ética del abogado, cargado de una cierta connotación inmoral, y cuya prohibición, de hecho, está incluida en el artículo 3.3 del Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea. Declarando su inmoralidad, Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre y 1956 y de 10 de febrero de 1962. Sin embargo, la jurisprudencia española ha levantado esa prohibición declarando que tal pacto no constituye una vulneración de la ley, la moral o el orden público (STS de 13 de mayo de 2004 [RJ\2004\2739] y, argumentando en relación al Derecho de la competencia, STS de 4 de noviembre de 2008 [RJ\2009\338]). Vid. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., “El pacto de *quota litis* en la deontología de los abogados”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008 – 2009, pp. 3 y ss.; ALONSO PÉREZ, M. T.; ALMAGRO MARTÍN, C., “El arrendamiento de servicios”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*, tomo IV, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 110 – 112.

<sup>1382</sup> MAYER-MALY, T., § 138..., op. cit. p. 1144 y ss.

<sup>1383</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 1143.

<sup>1384</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 1145.

<sup>1385</sup> HEINRICHS, H., “§ 138”, en PALANDT, O., *Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch Kommentare*, 65 ed., Beck, München, 2006, p. 136.

*Freiheitsbeschränkungen*”) pues, si bien es cierto que son un elemento inherente al compromiso que implican los negocios jurídicos, puede ser tan amplia esta limitación que cause una vulneración de las buenas costumbres. En esta categoría, reseñamos la libertad de decisión económica, dentro de la cual el autor engloba los supuestos de contratos en los que la capacidad de una de las partes para ejercitar libremente su voluntad en el negocio jurídico está reducida, en general, e identifica tipos de contratos, en particular, en los que puede haber problemas como los contratos de suministro de cerveza (con una necesaria limitación a 20 años para que no constituya el largo período una contravención a las buenas costumbres), de energía o de instalación de máquinas automáticas. Este elemento –el control de las limitaciones a la libertad- frecuentemente aparecerá vinculado a los tres siguientes a la hora de declarar la nulidad de un contrato<sup>1386</sup>; iii) La defensa contra los abusos de superioridad (“*Die Abwehr der Ausnutzung von Übermacht*”). A pesar del principio de la autonomía de la voluntad que rige el derecho de contratos y de que como mejor funcione éste sea con un equilibrio de fuerzas entre los contratantes, hay que contar con que a menudo una de las partes ostenta una posición considerablemente más fuerte que la otra. Abusar de esta hegemonía puede ir contra las buenas costumbres<sup>1387</sup>. El autor hace referencia, además de a supuestos en los que una de las partes tiene una posición privilegiada (arrendador, empleador, prestador, entre otros), a los casos de monopolio; iv) Defensa contra daños de terceros (“*Die Abwehr der Schädigung Dritter*”); v) Defensa contra desequilibrios graves (“*Die Abwehr von schweren Äquivalenzstörungen*”), teniendo en cuenta que no todo desequilibrio es susceptible de ser contrario a las buenas costumbres, sino solo aquel que sea grave. Además, para alcanzar la nulidad debe haber otros factores adicionales, bien aquellas circunstancias de las que habla el § 138.II (usura), bien un elemento subjetivo –especialmente una actitud reprochable- que tenga relevancia a los efectos del § 138.I<sup>1388</sup>; vi) Defensa contra la comercialización reprochable (“*Mißbilligte Kommerzialisierung*”), es decir, aquellos casos en los que la aceptación de una remuneración puede hacer a un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres si la comercialización es reprochada en ese ámbito de la vida<sup>1389</sup>.

Retomando el interrogante acerca de los tipos de pactos o contratos declarados nulos por la jurisprudencia española por transgredir la moral, no representa una gran ayuda para calibrar

<sup>1386</sup> MAYER-MALY, T., § 138..., op. cit. p. 1153.

<sup>1387</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 1158.

<sup>1388</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 1167.

<sup>1389</sup> Otros autores han realizado diversas clasificaciones aunque, en general, con unas u otras categorías, los grupos de supuestos vienen a ser similares. Así, en el caso de HEINRICHS, H., § 138..., op. cit., pp. 129 y ss., la clasificación más general parte de diferenciar entre aquellas conductas ilegítimas hacia la otra parte contratante y las contrarias hacia la comunidad o terceros. También, DÖRNER, H., “§ 138”, en SCHULZE, R. (redactor), *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 94 y ss. En inglés, siguiendo esta última clasificación, MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of Contract...*, op. cit., pp. 254 y ss. Una breve reseña en español a la sistematización de los contratos inmorales en aplicación del § 138 BGB, INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales...”, op. cit., pp. 10 – 11.

el alcance de ésta como vía de control de contenido por sí misma hacer un repaso de los casos en los que los tribunales han concluido vulnerado este concepto<sup>1390</sup> en la medida en que, en muchos de ellos, se resuelve aplicando no estrictamente la moral como límite del 1255 Cc sino una norma ya positivizada que, si bien implícitamente contiene u originariamente tuvo su fundamento en la moral, hace que el límite a la autonomía privada siga residiendo en el artículo 1255, pero a través del recurso a la Ley.

Este es el caso de la Ley de Usura de 1908, norma ya estudiada por nosotros en este trabajo. Los supuestos de hecho castigados con la nulidad por usurarios bien podrían acarrear la misma consecuencia por ser inmorales (recordemos que hablamos de intereses desproporcionados para las circunstancias, de aprovechamiento por parte del prestamista de situaciones angustiosas o de debilidad del prestatario, etc)<sup>1391</sup>. Así lo pone de manifiesto la SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2012 [JUR\2013\25282] al identificar el control que se establece a través de la ley de represión de la usura con una plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, particularizándose como una sanción a un abuso inmoral especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación.

También es el caso de la exoneración de responsabilidad y el artículo 1102 Cc, como ya puso de manifiesto GARCÍA GOYENA respecto del artículo homólogo en el Proyecto, el 1012, señalando que el pacto es contrario a las buenas costumbres<sup>1392</sup>. RIPERT, por su parte, incluía los acuerdos que suprimen la responsabilidad penal o civil dentro de los inmorales, siendo contrarios a las buenas costumbres por permitir trasgredir la regla moral sin incurrir en la sanción legal asociada a esta infracción. En lo concerniente a la responsabilidad civil y en el caso de las cláusulas de exoneración por dolo o falta grave equivalente declaradas nulas por la jurisprudencia, veía el autor el respeto a la regla moral, entendiendo que la libertad contractual se acaba cuando se intenta escapar a la observancia del deber de no dañar al otro<sup>1393</sup>. Ha estudiado la relación de estas cláusulas con la moral

---

<sup>1390</sup> No incluimos en las resoluciones citadas los casos vinculados con la moral sexual, matrimonial, familiar, etc.

<sup>1391</sup> DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas...”, op. cit., pp. 1036 – 1037; SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles...*, op. cit., p. 47; HIDALGO GARCÍA, S., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 1369. Acerca de la Ley de Usura en el Derecho alemán, también nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe correspondiente acerca del § 138.II BGB.

<sup>1392</sup> El artículo 1012 del Proyecto reza del siguiente modo: “*La responsabilidad procedente del dolo, tiene lugar en todos los contratos. Cualquier pacto en que se renuncie para lo futuro el derecho reclamarla, será nulo*”. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios...*, op. cit., pp. 48 – 49.

<sup>1393</sup> RIPERT, G., *La règle morale...*, op. cit., pp. 53 y ss.

GARCÍA AMIGO, que pone de manifiesto que las cláusulas de irresponsabilidad facilitan la negligencia del deudor y evidencia, en particular, el innegable carácter inmoral de aquellas que limitan la responsabilidad del transportista en el caso de daños causados a las personas<sup>1394</sup>.

El Tribunal Supremo, en su conocida sentencia de 4 de julio de 1953, y conociendo de un accidente ferroviario que tiene como consecuencia las lesiones y fallecimiento de una madre y su hija, respectivamente, entiende que la exención de responsabilidad que rezaba en el anverso del billete es contraria al artículo 1255 Cc. El texto de la cláusula era el siguiente: “Este billete está concedido bajo la expresa condición de que la RENFE no responde de ninguna clase de perjuicios que puedan ocasionarse al portador del mismo y demás personas en él comprendidas”. Si bien la renuncia de responsabilidad es viable en materia penal después de cometido el delito, no lo es realizada con anterioridad a la posible comisión delictiva, lo que sería tanto como admitir una vulneración grave de los principios morales<sup>1395</sup>. También relacionado con la exoneración de responsabilidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983 [RJ\1983\2687] recurre a la moral para interpretar una cláusula del seguro de ocupantes de automóviles. A juicio del órgano jurisdiccional, no es aceptable eliminar la tutela contra los daños a las personas menores de 16 años y mayores de 70, personas lisiadas, imposibilitadas, paralíticas, ciegas, etc., teniendo que entenderse la cláusula del ámbito subjetivo como limitación para contratar un seguro pero no para ser protegidos como personas transportadas, “*ya que entenderlo de otra suerte estaría reñido con básicos postulados de moral ante los que se detiene la autonomía de la voluntad negocial (artículo 1255 del Código civil)*”.

Por otra parte, varias son las sentencias que se han pronunciado a favor de la improcedencia de indemnización en el caso de accidentes de tráfico por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: partiendo del principio de la “*no asegurabilidad del dolo*”, el riesgo anormal producido queda incurso en la inmoralidad proscrita por el artículo 1255 Cc, quedando excluidos de la cobertura los daños personales o materiales causados intencionalmente cuando existe sentencia penal condenando al conductor del vehículo como

---

<sup>1394</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 37 – 38, 160 – 164, 201 – 203. Asimismo, vid. ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 149 – 153.

<sup>1395</sup> “[...] Realizado con anterioridad a la posible comisión delictiva, el contenido de la cláusula transcrita precisa enmarcarlo en hechos de la magnitud de un siniestro originador de muertes o tan graves lesiones como las sufridas por la actora y existe una condena penal, demostrativa de la voluntad contraria al derecho en el actor de la infracción delictuosa y presuponer la renuncia por anticipado de la indemnización correspondiente equivaldría a admitir un quebranto grave de los principios morales que nos rigen y en estos términos la cuestión debatida de exoneración de la responsabilidad civil nacida de delito, antes de realizarse éste, carece en absoluto de eficacia legal”.

autor del delito (sentencias de la AP de Islas Baleares de 18 de marzo de 2005 [JUR\2005\115505] y de 14 de julio de 2006 [JUR\2006\252711]).

PASTOR VITA, en relación con la cláusula contractual en virtud de la cual el adherente responderá de los vicios de la cosa vendida o de la exactitud de las informaciones suministradas a la otra parte con independencia de que ésta tenga o no conocimiento de los mismos, califica, no solo de contraria a la buena fe sino de inmoral –y, por tanto, prohibida por el artículo 1255 Cc- la conducta según la cual “*el predisponente conocía el vicio y no lo comunicó al adherente para poder, de este modo, justificar una posible y ulterior resolución contractual*”<sup>1396</sup>.

Se ha visto igualmente fundamento moral en las limitaciones al acreedor de los artículos 1859 y 1883, respecto de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis<sup>1397</sup> y en algunos de los supuestos de la lista de cláusulas abusivas contenida en el TRLGDCU<sup>1398</sup>. Uno de ellos es el recogido en el artículo 86.2 y ya citado, relacionado con la exclusión o limitación de responsabilidad, en este caso por los daños, muerte o lesiones causadas al consumidor por una acción u omisión del empresario en el cumplimiento del contrato (*vid.* STS de 4 de julio de 1953, ya citada). Asimismo se considera inmoral la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión a él no imputables (artículo 89.2) y la imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados (artículo 89.4). Esto implicaría la posibilidad de declarar nulas este tipo de cláusulas aún insertas en contratos entre empresarios<sup>1399</sup>.

¿Qué ocurre en el ámbito de las condiciones generales de la contratación? ¿Puede ser la moral del artículo 1255 Cc un límite efectivo, en especial para los abusos que sufren los adherentes? Como apunte previo, un ejemplo de supuesto en el que situaciones de imposición de cláusulas se controlaron mediante la noción de buenas costumbres es el de la jurisprudencia alemana de finales del siglo XIX y principios del XX respecto de cláusulas

<sup>1396</sup> PASTOR VITA, F. J., “Las condiciones generales...”, *op. cit.*, p. 1221, aunque claramente este comportamiento podría calificarse también de contrario a la buena fe.

<sup>1397</sup> El artículo 1859 prohíbe al acreedor apropiarse o disponer de las cosas dadas en prenda o hipoteca mientras que el artículo 1884 señala la imposibilidad de que el acreedor adquiera la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenida, siendo nulo todo pacto en contrario.

<sup>1398</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, *op. cit.*, pp. 460 – 461; VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación...”, *op. cit.*, p. 62.

<sup>1399</sup> Por el contrario, no se entiende que una cláusula penal inserta en un contrato de explotación de máquinas recreativas y en virtud de la cual, ante un incumplimiento contractual, la empresa arrendadora obtendría la ganancia que iba a percibir en el caso de explotación de la máquina, sea un pacto inmoral o antisocial (sentencia de la AP de Palencia de 7 de marzo de 2001 [AC\2001\808]).

impuestas por empresas en un claro abuso de posición de dominio: en un primer momento los jueces hicieron del parágrafo 138 I BGB un instrumento de control de contenido aunque enmarcado siempre en situaciones de monopolio, lo que dejaba fuera muchos supuestos en los que también podían darse imposiciones abusivas y llevó a los jueces a cambiar su razonamiento a favor de la utilización de otro criterio como era la buena fe contenida en el parágrafo 242 BGB<sup>1400</sup>.

La vinculación tan estrecha que existe entre moral y contratos mediante condiciones generales la expone MIQUEL. Citando a KANT y su máxima “actúa de tal modo que la norma de tu conducta pueda valer también como el principio de una ley general”, plantea la idea de que los contratos de adhesión pueden no cumplir con este mandato de la moral, entendida en sentido propio. Así, esta formulación kantiana llevada al terreno de los contratos predispuestos, es la que realmente subyace en el control material de los mismos e implicaría que el predisponente tiene vedada la configuración del contenido del contrato siguiendo exclusivamente sus intereses y obviando los del adherente, pues si las cláusulas se desvían de las reglas de la que puede considerarse ley general solo en beneficio del que las predispone, parece que en principio no cumplen con un precepto básico de la ley moral<sup>1401</sup>.

A tal efecto resulta interesante traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986 [RJ\1986\2823]<sup>1402</sup> que tiene por objeto una cláusula de rescisión unilateral en un contrato de agencia. La cláusula según la cual el contrato “*puede ser rescindido por cualquiera de las partes sin alegar causa alguna, avisando a la otra por carta certificada con un mes de antelación por lo menos a la fecha en que haya de tener efecto la anulación*” (en un contrato de adhesión), sería inválida si es injusta por perseguir el predisponente sus intereses a costa de la otra parte, “*lo que ocurre con la cláusula de rescisión sin expresión de la causa, que puede ocultar lo contrario a la moral que ordena preservar el artículo 1255 del Código civil, como es, entre otras, la consecuencia de rescindir el contrato sin previa liquidación de las operaciones negociales pendientes*”. De ahí que la única interpretación que cabe es no admitir la rescisión sino cuando exista causa suficiente, sea momento adecuado y

---

<sup>1400</sup> Nos remitimos aquí a las páginas 606 - 609, en el que se hace referencia a los supuestos en los que la jurisprudencia ha podido considerar contrarios a las buenas costumbres. Además, explicado al hilo del análisis de la moral como límite a la autonomía privada por ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 185 y ss. Optando por la figura del orden público económico como preferible a las buenas costumbres en este supuesto, GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 163 - 164.

<sup>1401</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 468 - 469.

<sup>1402</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la sentencia de 26 de mayo de 1986”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, abril - agosto 1986, pp. 3657 - 3663.



se guarden los principios de moralidad y buena fe, dejando debidamente liquidado el contrato a satisfacción de ambos contratantes.

SANTOS BRIZ le otorga a la moral bastante peso en el control de contenido, señalando que este límite del artículo 1255 “*facilita a los Tribunales un abierto control de las condiciones generales*”<sup>1403</sup>. También PASTOR VITA encuentra una conexión entre las cláusulas predispuestas y una posible vulneración de la moral, en el sentido de que valores constitucionales como los de igualdad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad pueden verse quebrantados si un sujeto impone su voluntad unilateral, aunque el autor matiza que debe tratarse de un contenido abusivo para que los tribunales puedan tacharlo de inmoral pues las condiciones generales no son inmorales en sí mismas<sup>1404</sup>.

En este sentido, es cierto que los contratos predispuestos no tienen por qué contravenir, en sí mismos, la moral. Si el predisponente, como apuntaba MIQUEL, se guía en su determinación unilateral del clausulado del contrato por la idea del imperativo categórico kantiano de actuar de tal modo que esa conducta particular pueda ser ley universal, no existiría contravención a la moral en sentido propio por el mero hecho de que estemos ante un contrato de adhesión. En el caso de que el predisponente se desvíe de esas reglas que pueden considerarse universalizables es cuando la validez del contenido es cuestionable. El problema es que esta situación es la frecuente. Por otra parte, ¿cuándo se puede considerar que la desviación es tal que es susceptible de ser punida por contraria a la moral, en el sentido de nuestro artículo 1255 Código civil? La realidad es que la considerable dificultad de concretar qué es moral y qué inmoral (cuándo se ha separado “demasiado” el predisponente respecto de esas reglas universalizables) resta utilidad al concepto como mecanismo de control. En el sentido de límite genérico cumple un papel fundamental a modo de coto a la autonomía privada complementario al Derecho positivizado, pero no resulta “eficaz” a la hora de su aplicación, que es precisamente lo primordial si pretendemos encontrar una figura que funcione como control de contenido general en los contratos predispuestos. Qué cláusulas pueden ser tachadas de inmorales y cuáles no puede ser una valoración debatible en muchos ámbitos. Como dice LARENZ respecto de la moral dominante, “*las concepciones acerca de lo que está moralmente permitido, o de lo que ya*

<sup>1403</sup> SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles...*, op. cit., p. 51. Respecto de pactos concretos que podrían ser declarados contrarios a la moral, pp. 47 – 48.

<sup>1404</sup> PASTOR VITA, F. J., “Las condiciones generales...”, op. cit., p. 1222.

*no lo está, son hoy, en muchos sectores, ampliamente discrepantes*”<sup>1405</sup>. Queda, pues, en manos de los tribunales identificar esa moral dominante y sus implicaciones en el supuesto concreto, con lo que solo van a recurrir a la moral como límite cuando el contenido de la cláusula puesta en cuestión suponga un evidente atentado contra la misma, situaciones que, además, por manifiestas, posiblemente coincidan con normas ya positivizadas en el ordenamiento jurídico. Parece, pues, que el papel de la moral como control general de extralimitaciones del predisponente es limitado y que, salvo en determinados ámbitos en los que el contenido de “lo moral” es indiscutible, hay otros conceptos, también indeterminados pero que aportan más seguridad jurídica, a favor de los que optar como mecanismos de control<sup>1406</sup>. Para empezar, y aunque igualmente con sus limitaciones, el orden público.

### III. EL ARTÍCULO 1255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: EL ORDEN PÚBLICO. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Lo expuesto en relación con la ley imperativa y la moral en cuanto a límites de la autonomía de la voluntad se podría repetir en este apartado, en especial lo referente a la moral, por tener muchos aspectos en común con el orden público, como ya adelantamos<sup>1407</sup>. El carácter relativamente abstracto y variable que comparten ambas figuras les permite ser complemento adecuado de la ley positivizada, con un cariz más permanente. De este modo, la jurisprudencia y la doctrina señalan a la moral y al orden público como conceptos jurídicos indeterminados. “*Y como tales*”, recordando lo dicho por la STS de 19 de octubre de 1991 [RJ\1991\7452]<sup>1408</sup>, “*han de ser aplicados de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural*”, afirmación de la que se desprende otra característica, su

---

<sup>1405</sup> LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, op. cit., p. 284. Ponemos esto en relación con las opiniones en el mismo sentido de ÁLVAREZ LATA.

<sup>1406</sup> No es de extrañar, pues, que GARCÍA AMIGO se expresara en los siguientes términos: “*En nuestra opinión, es evidente que las buenas costumbres, o si se quiere la moral, ponen un límite insalvable a la autonomía contractual y, por tanto, a la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Pero la impresión y elasticidad del concepto pone en manos del juez un poder en cierto modo discrecional, a que será él quien aprecie la moralidad social, poniendo en peligro la validez del pacta sunt servanda. Ciertamente que cuando no haya otro recurso para eliminar las convenciones de no responsabilidad injustas debe recurrirse a éste, pero entendemos que cuando haya otro medio práctico para evitar la injusticias no debe recurrirse a este último*” (GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 162 - 163). También para ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 188 - 189, la moral es excesivamente estrecha para determinar cuándo una cláusula es abusiva y no es suficiente para combatirlas.

<sup>1407</sup> Recordamos que el § 138.I BGB, cuando hace alusión al concepto de “*gute Sitten*” se refiere tanto a la moral como al orden público, siendo de utilidad, por tanto, todo lo dicho al respecto en el apartado de la moral.

<sup>1408</sup> En el mismo sentido, STS de 2 de noviembre de 1990 [RJ\1990\8456].

carácter relativo<sup>1409</sup>. En esta imprecisión reside una virtud del concepto de orden público – su flexibilidad, dinamismo y adaptabilidad-<sup>1410</sup>. Pero también su “talón de Aquiles” para el propósito que nos ocupa pues es poco operativo configurar un control de contenido de condiciones generales sobre un elemento de no fácil definición. No obstante, como tendremos ocasión de ver, presenta unos matices diferenciadores respecto de la moral que, dentro de su abstracción, a nuestro juicio lo acercan a las peculiaridades que presenta la relación entre la autonomía de la voluntad y los contratos predispuestos.

En el Código civil se encuentran varias menciones al orden público pero solo tres representan su vertiente de límite a la autonomía privada. Se trata de los artículos 6.2, 594 y el en estas líneas analizado 1255, en los que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos en ella reconocidos, el establecimiento de servidumbres por el propietario y los pactos y acuerdos de los contratantes en general, topan con esta figura a modo de barrera<sup>1411</sup>.

<sup>1409</sup> Como señala Díez-PICAZO, L., “La autonomía privada...”, op. cit., p. 1157, determinar cuándo una materia es de orden público y, por tanto, excluida del ámbito de la autonomía privada no puede hacerse nunca *a priori* y dependerá en cada caso de la idea política vigente en el momento.

Señalando la indeterminación del concepto, ESPIN CÁNOVAS, D., *Los límites de la autonomía...*, op. cit., p. 13; Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1963, p. 817; Díez-PICAZO, L., *La autonomía privada...*, op. cit., pp. 1157 – 1158; DE CASTRO, F., *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...*, op. cit., pp. 1023 y ss., 1029; REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 269; ACEDO PENSO, A., *El orden público actual...*, op. cit., pp. 325, 346 y ss.; ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 173 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., Comentario a los artículos 1.255..., op. cit. pp. 499 – 500; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 189; ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual...”, op. cit., p. 145.

<sup>1410</sup> Como apunta GORDILLO, estamos ante un “concepto válvula”, a modo de órgano respiratorio del sistema positivo ya que su utilidad radica justamente en su indeterminación (GORDILLO CAÑAS, A., Voz “orden público”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4635).

<sup>1411</sup> Las otras menciones al orden público en el Código civil se refieren a la costumbre como fuente del Derecho, que no puede ser contraria a la moral o al orden público (artículo 1.3); a la concesión otorgada por el Ministerio de Justicia de la nacionalidad española por residencia (artículo 21); a la imposibilidad de aplicación de la ley extranjera, en general, cuando resulte contraria al orden público (artículo 12.3); la imposibilidad de aplicar leyes extranjeras que, en materia de separación y divorcio, lo reconozcan de forma contraria al orden público (art. 107.2).

También en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje está presente el orden público como límite pero, en este caso, de la actuación arbitral y referido a lo que sería un orden público procesal, tal y como explica la TSJ País Vasco de 15 abril de 2013 [RJ\2013\4807]. El artículo 41.1.f) de la citada norma identifica como una de las causas de anulación del laudo que éste sea contrario al orden público. Dicho precepto ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en la que se han valorado para anular o no laudos en relación con el orden público motivos tales como la falta de imparcialidad de los árbitros (SAP Madrid de 29 de julio de 2005 [JUR\2005\210775]); un laudo basado en cláusula arbitral abusiva inserta en un contrato de adhesión suscrito por el usuario que impone el sometimiento a un arbitraje (SAP Barcelona de 13 diciembre de 2005 [AC\2006\1943]); la vulneración o no del principio de igualdad de las partes (SAP Madrid de 25 enero de 2007 [JUR 2007\177406]); la idoneidad del árbitro (SAP Las Palmas de 23 marzo de 2009 [JUR\2009\248636]); o la motivación del laudo (STSJ Galicia de 10 mayo de 2013 [RJ\2013\4815]).

Posiblemente la dificultad de aprehensión de la noción de orden público<sup>1412</sup> tenga que ver en parte con su abundante utilización en múltiples sentidos, empleo abusivo o innecesario del que advirtió DE CASTRO, “*como adjetivación retórica, para dar énfasis a alguna consecuencia implícita del carácter imperativo de una norma*”, aconsejando dejar a un lado este sentido laxo del término y centrarse en su valor de término técnico. Por otra parte, por su vinculación con diferentes vertientes, como se desprende de la definición del Tribunal Supremo de orden público nacional en las conocidas sentencias de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979 [RJ\1979\4499], como aquel “*integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*”.

Aunque las definiciones de orden público que ha intentado la doctrina son diversas sí que parece haber un común denominador entre ellas que nos interesa resaltar: se trata de valores básicos de una importancia tal que son inalterables por la voluntad privada<sup>1413</sup>. Así, para DÍEZ-PICAZO una materia es de orden público cuando “*está tan íntimamente enraizada en los principios fundamentales de la organización de la comunidad que su régimen jurídico no puede ser modificado por los particulares*”<sup>1414</sup>. JORDANO FRAGA se refiere a esta figura como el “*conjunto de directrices fundamentales emergentes del ordenamiento, directrices que responden a exigencias y necesidades colectivas y que, por tanto, no pueden ser alteradas (menoscabadas) por los particulares*”<sup>1415</sup>.

---

<sup>1412</sup> En el ordenamiento jurídico francés es conocida la obra de MALAURIE, P., *L'ordre public et le contrat*, I, Matot-Braine, Reims, 1953, quien ponía de relieve el gran número de definiciones que existen acerca del orden público (pp. 4 y ss.; appendice). Intentando dar una definición general y unitaria del orden público, “*que es uno en su definición, múltiple en sus aplicaciones*” (p. 71), el orden público del Derecho civil sería el buen funcionamiento de las instituciones civiles, definiéndose por los rasgos específicos de la institución en la que se ejerce (p. 70). Recordamos que los artículos 6 y 1133 del Código civil francés son los que regulan los contratos contrarios a la moral y al orden público.

En cuanto al ordenamiento jurídico alemán, nos remitimos a lo expuesto en el apartado de la moral respecto al concepto de “*gute Sitten*” del parágrafo 138 BGB, que dispone la nulidad para los contratos contrarios al orden público o las buenas costumbres y que se ha utilizado para proteger a la parte estructuralmente más débil.

<sup>1413</sup> Como apuntaba MALAURIE, P., *L'ordre public...*, op. cit., p. 67, si bien todo lo que es imperativo no es de orden público, sí que todo lo que es de orden público es imperativo.

<sup>1414</sup> DÍEZ-PICAZO, L., “La autonomía privada...”, op. cit., p. 1159.

<sup>1415</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., p. 658. Entre otros, vide también REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 265, habla de “*los criterios básicos y convicciones sociales*” mientras que ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., pp. 499 – 500, dice que el orden público viene determinado por “*los principios generales y constitucionales que configuran la sociedad y sus fundamentos, de tal manera, que la inobservancia supondría riesgo grave o daño para estos pilares básicos de la convivencia*”. ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 121 – 122, identifica este concepto indeterminado con principios jurídicos configurados como no negociables, asumidos por el ordenamiento jurídico pero procedentes de distintas fuentes, tanto jurídicas

DE CASTRO, por su parte, entendió que el orden público lo conforman aquellos principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, resaltando el carácter técnico del concepto, como una figura, a diferencia de la moral y las buenas costumbres –referidas al sentir del pueblo y apoyadas en la realidad social-, creada por los juristas y que responde al propósito de atender al buen orden del sistema jurídico, al ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico. En este sentido, utiliza el término orden público para referirse a las normas “*que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas, del mismo ordenamiento*”<sup>1416</sup>.

Son muchas los interrogantes que se han planteado respecto de la noción de orden público, como, por ejemplo, su relación con la ley imperativa, cuestión ampliamente desarrollada por la doctrina, como no podía ser de otra forma a la vista de las aproximaciones al concepto y la nota común a todas ellas anteriormente comentada, como es la indisponibilidad para los particulares. Sin ánimo de profundizar en la materia, en detrimento de la postura que sostiene la igualdad entre ambos límites, parece que lo más adecuado es diferenciar ley imperativa y orden público, por más que se asocie “norma inderogable por pacto” con “norma imperativa”<sup>1417</sup>. Como apunta DÍEZ-PICAZO, además de que supondría reducir de tres a dos límites los del artículo 1255 Cc -cuando el legislador ha querido expresamente diferenciar entre ley y orden público-, desde el punto de vista conceptual no sería tampoco posible la identificación pues pueden existir leyes imperativas que no afecten al orden público y actos contrarios al orden público sin una norma imperativa positivizada que los prohíba<sup>1418</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la

---

como metajurídicas, y que, aun estando influido por las necesidades de la sociedad, depende de la voluntad del legislador.

<sup>1416</sup> DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas...”, op. cit., pp. 1030 – 1031, 1034.

<sup>1417</sup> Aunque no se trata de doctrina reciente, SCAEVOLA, Q. M., “Código civil...”, op. cit., pp. 503 – 505, entendía que, en el marco del artículo 1255, el concepto de orden público carece de efectividad separado de la idea de la ley en el campo de la contratación, de tal forma que por pactos contra el orden público hay que entender los que van contra la ley, sea propia y estrictamente y en su totalidad de Derecho público, sea de Derecho privado, pero afectante en determinados preceptos al interés social.

<sup>1418</sup> DÍEZ-PICAZO, L., “La autonomía privada...”, op. cit., pp. 1158 – 1159; *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 54. En el mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., Comentario del artículo 6..., op. cit., p. 35; GORDILLO CAÑAS, A., Voz “Orden público”..., op. cit., p. 4635; ACEDO PENSO, A., “El orden público actual...”, op. cit., p. 336; BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público...*, op. cit., p. 292; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1255...”, op. cit., p. 1479; ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual...”, op. cit., p. 146.

ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., pp. 122 y ss., 176 y ss., se apoya en el artículo 6.2 del Código civil para apostar por un concepto de orden público omnicompreensivo, integrador de todo lo indisponible por los particulares, incluida también la ley imperativa, aunque no exclusivamente. Concebido así, la noción de orden público del artículo 1255 del Código civil se trata de una noción, como señala la

jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien, en su sentencia de 7 de julio de 2006 [RJ\2006\4715] afirma que no puede coincidir exactamente orden público con norma imperativa “*especialmente por cuanto muchas normas imperativas no se refieren ni a la organización de la comunidad ni a sus principios fundamentales y rectores, y porque en determinadas materias comprendidas dentro del ámbito señalado no se requiere un carácter imperativo expreso para que queden sustraídas a la disponibilidad de los particulares*”. Por otra parte, y retomando las palabras de DE CASTRO, las normas contenidas en el concepto de orden público tienen ese “*valor preferente*” respecto de otras normas, también imperativas, lo que establece de por sí una diferencia<sup>1419</sup>.

Asimismo, otro aspecto tratado por la doctrina es la vinculación del orden público con las normas constitucionales ya que algunos autores han querido configurar “orden público” como “orden constitucional”, entendiendo que el valor de supremacía del primero viene dado por su identificación con el contenido de la norma suprema<sup>1420</sup>. Sin embargo, y a pesar de que, obviamente, el contenido del orden público tiene que estar en consonancia con la Constitución, no se limita a sus principios<sup>1421</sup>. Así lo dispone el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de mayo de 2007 [RJ\2007\3608], donde estima como contraria al orden público la falsa celebración de la Junta Universal de una sociedad -declarando nulo el acuerdo correspondiente- puesto que, si bien reconoce que se trata de un concepto de contornos imprecisos, resulta indudable que no cabe limitar su alcance a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente. Alude el órgano

---

autora, depurada de su aspecto positivizado –el de las leyes- y de su componente moral –otro de los límites a la autonomía de la voluntad-, esto es, el orden público extrapositivo.

GUESTIN, J., *Traité de Droit civil...*, op. cit., pp. 91 – 93, respecto del encaje del orden público en el ordenamiento jurídico francés, afirma que, si bien es preferible admitir que el orden público engloba todas las leyes imperativas en lugar de intentar distinguir entre estas últimas a partir de una noción de orden público incierta y demasiado diversificada para sustentar una división rigurosa, se puede concluir que orden público y ley imperativa no se confunden porque el primero tiene otras fuentes además de la ley.

<sup>1419</sup> Resalta este papel del orden público como norma de conflicto entre otras normas MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 473 – 474, de tal modo que “*la cláusula general legal del orden público (art. 1255) determina la prevalencia de ciertas reglas sobre el artículo 1091*”.

<sup>1420</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público...*, op. cit., p. 296, señala que el hecho de que el concepto de orden público venga acompañado del de la ley, limitando ambos la autonomía privada, y dado que el orden constitucional es el único que puede anteponerse a la propia ley, la noción que nos ocupa no puede referirse a otra cosa distinta que al propio orden constitucional. También estableciendo una cierta equiparación, aunque como señala expresamente, sin llegar a la absoluta identificación entre orden público y Constitución, ACEDO PENSO, A., “El orden público actual...”, op. cit., pp. 359 – 360: la noción de orden público estaría formada por aquellas disposiciones constitucionales que defienden la dignidad de la persona y los derechos fundamentales de ésta, así como por los principios básicos que se extraen de la Constitución y la jurisprudencia que los aplica.

<sup>1421</sup> ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual...”, op. cit., pp. 146 – 147. En el ordenamiento jurídico alemán la doctrina entiende asimismo que, aunque se trata de un concepto inevitablemente vinculado con la Constitución, es erróneo restringir el concepto de orden público al impacto de los derechos humanos en la esfera del derecho privado (MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law...*, op. cit., pp. 248, 253).

jurisdiccional a un “orden público societario”, que se vería afectado por la actuación objeto del litigio, que “ataca a los más elementales principios de la vida social”. Abogando por un concepto no restringido a la norma fundamental, el propio Tribunal Constitucional afirmó en su sentencia de 5 de diciembre de 1984 (STC 117/1984) que

*“[...] [N]o cabe sostener que el «orden público» constituya una noción indivisible, que además lleve siempre directamente aparejada la defensa o tutela de los intereses generales del Estado. Ni siquiera era así antes de la Constitución, ni lo es ahora después de promulgada la Ley fundamental. El «orden público» es un concepto polivalente, jurídicamente indeterminado y flexible, que por su propia naturaleza se acomoda a las más variadas situaciones de la vida pública. En consecuencia, puede hablarse de un orden público económico, social, político, urbanístico, civil, sanitario, internacional, general, local, etc., con apelación en cada caso a los intereses comprendidos en dichas expresiones.”*

El interrogante que puede plantear esta variedad de supuestos acerca de si existe o no un único concepto de orden público queda resuelto si entendemos que, siguiendo a SAINZ MORENO<sup>1422</sup>, la noción de orden público es una, no obstante sus distintas manifestaciones que, en todo caso, comparten una serie de características comunes entre sí tales como ser un concepto jurídico indeterminado y cumplir una función protectora de ciertas reglas y principios.

Siguiendo con los pronunciamientos jurisprudenciales acerca del orden público y la diversidad de vertientes que abarca, se ha encontrado contrario a esta figura un contrato de cesión de negocio celebrado a perpetuidad, por ser “opuesto a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor contraria al orden público” (STS de 26 de octubre de 1998 [RJ\1998\8237]); al hilo de un contrato de arrendamiento de local, vincula la AP de Madrid –desde el punto de vista procesal- la reducción de oficio de una pena manifiestamente excesiva con el orden público (sentencia de 19 de enero de 2002 [JUR\2002\72789])<sup>1423</sup>; en la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 31 de marzo de 2005 ([AC\2005\391]), se incluye dentro del orden

<sup>1422</sup> SÁINZ MORENO, F., “El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979)”, *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980, pp. 602 y ss.

<sup>1423</sup> “Aunque la reducción de oficio de una pena manifiestamente excesiva es algo que entra dentro del orden público, lo que eso significa es que no es posible renunciar anticipadamente a solicitarla, pero de ahí no se sigue necesariamente que el juez pueda intervenir de oficio. Se trata de una medida que pretende proteger al deudor de su propia flaqueza y precipitación, pero si el deudor, una vez exigida la pena, no solicita su reducción, no reclama o reacciona de alguna manera contra su manifiesto exceso, significará que no encuentra abusiva la pena impuesta, pese al eventual monto elevado de la misma”.

público económico las obligaciones de transparencia patrimonial y contable, lo que ocurre también en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de octubre de 2012 [JUR\2013\223910], que apunta que el empresario mercantil se ve obligado por determinados deberes de contabilidad sujetos a ciertos requisitos formales dirigidos a potenciar técnicamente el fiel reflejo contable de la situación de las partes y que no pueden ser soslayados por estar configurados dentro del orden público económico. También en el ámbito de los derechos reales se manifiesta el orden público como límite, a juicio de la SAP de Málaga de 17 de abril de 2013 ([JUR\2013\224600]): “*Estos límites [existencia de razón justificativa suficiente, determinación precisa de los contornos del derecho real, inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.] alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad del tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico*”<sup>1424</sup>. Por otro lado, la AP de Navarra no ve afectado el orden público por una cláusula en un contrato de arrendamiento en virtud de la cual el arrendatario renuncia expresamente a los derechos que el artículo 6 de la LAU de 1964 le concede, salvo en lo relativo a la prórroga forzosa, pactando que el contrato se regiría por las estipulaciones de las partes y, subsidiariamente, por lo dispuesto en el Código civil, a las cuales libremente las partes se acogen (SAP de Navarra, de 1 de marzo de 1993 [AC\1993\325]<sup>1425</sup>).

Pues bien, alguno de estos supuestos podría agruparse dentro una de las manifestaciones del orden público, citada en la anterior sentencia del Tribunal Constitucional, que se ha venido en llamar orden público económico y que, por sus características, es precisamente la vertiente que más nos interesa del orden público en Derecho de contratos, en general y,

<sup>1424</sup> Por el contrario, no se ha considera materia de orden público el cumplimiento o incumplimiento de la *traditio* (titularidad discutida en una tercería de dominio, STS de 30 de diciembre de 1993 [RJ\1993\9908]); la acreditación de la exigencia de *quorum* legal para la adopción de un acuerdo de responsabilidad del administrador de una sociedad (“*está infinitamente alejado de la noción de orden público*”, dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de abril de 2003 [RJ\2003\3269]); la renuncia al ejercicio de las facultades que la titularidad sobre una marca otorga, cedido su uso, no vulnera el orden público sino que está dentro de las facultades dispositivas que reconoce la Ley de Marcas (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2006 [RJ\2006\4715]).

<sup>1425</sup> En este caso, más que el orden público del artículo 1255 del Código civil, parece que se trata del supuesto del artículo 6.2 del mismo texto legal y la renuncia de derechos. Orden público que el órgano jurisdiccional pone en relación con su equivalente en el Derecho foral de Navarra, concretamente, en la Ley 7 –“*paramiento fuero vienze*”–, la Ley 8 FN –libertad civil– y la Ley 9 FN –renuncia de derechos–. Razona la Audiencia, “*¿en qué altera ese grandilocuente y elevado orden público –económico/social o no– de las Leyes 7 y 9 FN la voluntad de los litigantes de someterse, en lo no pactado, al Cc con preferencia a la LAU, salvaguardado como está el derecho de prórroga del arrendatario? ¿En qué medida padece ese orden público por el hecho de que este contrato se norma, en lo relativo al desahucio, resolución o rescisión, por el Cc (arts. 1556 y 1569) mejor que por la LAU? Lo ignoramos, y tan es así que no se nos ha alegado –ni probado– semejante quiebra del orden público*”. En el mismo sentido, STSJ de Navarra de 15 de mayo de 2006 [RJ\2006\4498].



como pieza del control de contenido de las condiciones generales de la contratación, en particular.

## 1. El orden público económico

La doctrina francesa ha distinguido tradicionalmente del que denomina “*ordre public politique et moral*” el “*ordre public économique et social*”<sup>1426</sup>, concepto que es más reciente y que, a diferencia del primero, considerado el orden público “clásico” y al que se le asocian efectos negativos como límite a la autonomía privada en su finalidad de hacer respetar los principios esencialmente políticos y morales, se aplica al intercambio de bienes y de servicios en él mismo considerado en lugar de tenerlo en cuenta solo en lo que sus consecuencias respecto de instituciones tales como la función pública o la familia se refiere<sup>1427</sup>. A su vez, la doctrina ha dividido la vertiente económica del orden público en “*ordre public économique de direction*” y “*ordre public économique de protection*”, estando vinculado el primero con la intervención del Estado en las actividades económicas para hacer proteger las reglas de interés general mientras que el orden público de protección tiene como objetivo, por el contrario, asegurar la protección de intereses particulares de determinados sectores o contratantes necesitados de tutela. Dentro de estos supuestos, entre otros, se sitúan los contratos de adhesión y, en concreto, la protección a los consumidores ante la evidente insuficiencia del Derecho común de los contratos<sup>1428</sup>.

En España, la noción de orden público económico es introducida en la legislación con la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (actualmente derogada). Según la Exposición de Motivos, partiendo del “*concepto tradicional del orden público*” que “*como idea que constituye jurídicamente una cláusula de salvaguardia con eficacia en el campo civil, en el penal y en el administrativo, es por su propia naturaleza un concepto en blanco que la legislación va en cada momento*

<sup>1426</sup> RIPERT, G., *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1948, p. 257, señaló que, debido a la evolución de las relaciones económicas y el papel del Estado en ellas, hay, de forma paralela a la organización política del Estado, una organización económica, del mismo modo obligatoria y a la que denomina “orden público económico”: “Si admitimos, por el contrario, que hay, impuesto por el Estado, un cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho a derogar por sus pactos, el artículo 6 toma un sentido nuevo. El orden establecido por el Estado para la producción, el intercambio, la distribución de la riqueza será de naturaleza económica, pero será también orden público; tendrá necesariamente el carácter obligatorio y, por consiguiente, serán nulas los acuerdos que intenten atacarlo. No se trata más de una primacía de lo político sobre lo económico; se trata de distinguir, en las relaciones económicas entre los hombres, aquellas que no son queridas, impuestas por el Estado y aquellas que pueden ser libremente establecidas por los particulares”.

<sup>1427</sup> GUESTIN, J., *Traité de Droit civil...*, op. cit., pp. 100, 107. De forma desarrollada, acerca del orden público político y moral (pp. 100 – 107) y del orden público económico y social (107 – 123).

<sup>1428</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 109 y ss. También JULIEN, J., *Droit des obligations...*, op. cit., p. 119.

*concretando*”, con la referida ley se delimita uno de sus aspectos más importantes, “*adjetivándolo dentro de un sistema administrativo de economía libre y configurando así un orden público económico*”. Como continúa el legislador, la consecuencia inmediata de que el principio de libre competencia sea una manifestación del orden público económico es la nulidad absoluta de las prácticas restrictivas que contempla la norma y que atentan contra este principio.

La jurisprudencia recoge este concepto, ejemplo de lo cual es la sentencia del Tribunal Supremo cercana en el tiempo a la publicación de la norma, de 31 de diciembre de 1979 [RJ\1979\4499], que habla de “*la posibilidad de construir un esquema del orden público llevado a la esfera de la economía, defendiendo la libre iniciativa sobre la base de limitaciones impuestas a la autonomía privada y protegiendo la libertad de actuación frente a las hegemonías monopolísticas*”<sup>1429</sup>. Sin perjuicio de otros ejemplos a los que se hará referencia en las próximas líneas, más recientemente, el mismo órgano jurisdiccional, en su sentencia de 5 de febrero de 2002 [RJ\2002\1600], vincula la noción de orden público económico a la intervención del Estado en la vida económica, manifestada en normas imperativas y principios básicos del orden económico que, aun no habiéndose traducido en normas de aquella categoría, deben limitar la autonomía de la voluntad privada sin posibilidad que ésta pueda desenvolverse en contra.

Por lo tanto, de la necesaria interrelación entre las leyes y el mercado surge el orden público económico<sup>1430</sup>, lo que implica elevar a categoría jurídica aquellos principios que conforman la estructura de un orden económico ajeno al Derecho, dotándole con la misma eficacia que se atribuye al concepto en el que se inserta, el orden público<sup>1431</sup>. Definido por el Tribunal Supremo en esta última resolución de 2002 como “*el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos*”. DÍEZ-PICAZO<sup>1432</sup> apunta una noción

---

<sup>1429</sup> SÁINZ MORENO, F., “El principio de libre competencia...”, op. cit., p. 138, de hecho, ve el interés especial en esta sentencia en que, precisamente, declara que el principio de libre competencia, incluido dentro del concepto de orden público económico y como manifestación del orden público en general, es un límite para la contratación civil.

También alude a este origen la STS de 30 de diciembre de 1993 [JR\1993\9902], que dice que “*no ofrece dudas el carácter administrativo de la actividad del Estado dirigida al mantenimiento del orden público económico uno de cuyos instrumentos técnico-jurídicos es la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia*”

<sup>1430</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 189. De forma más extensa la relación entre Derecho y mercado, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Mercado interior, contrato...”, op. cit., pp. 101 – 120.

<sup>1431</sup> SÁINZ MORENO, F., “Orden público y restricciones de la competencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre – diciembre, 1977, p. 597.

<sup>1432</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 53.

amplia de orden público económico, que englobaría tanto las actividades del Estado dirigidas a conformar la sociedad desde el punto de vista económico como aquellas directrices básicas con arreglo a las cuales en un momento dado se organiza la estructura y el sistema económico de la sociedad. Siguiendo a DE CASTRO, sin embargo, se diferencian dos planos que no deben confundirse: las normas imperativas derivadas de la actividad de la Administración en la economía, que no tienen por qué ser necesariamente parte del concepto de orden público; y lo que se ha venido en llamar constitución económica de una sociedad, entendiendo por tal, no solo el contenido económico de la Constitución sino también -y esto se correspondería con lo que el autor llama orden público económico en sentido estricto-, aquellos principios y directrices que, sin estar reflejadas en la constitución política, son la base del desarrollo de la actividad económica de la sociedad.

DE CASTRO<sup>1433</sup> previene en su trabajo de 1982 acerca de la conveniencia de distinguir, dentro de la noción de orden público económico, las restricciones a la libertad de contratación derivadas del intervencionismo del Estado respecto de las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad derivadas del artículo 1255 Cc, asociándose a las primeras una eficacia positiva, mientras que las segundas desempeñan una eficacia negativa, como límite para la libertad de contratar que se basa en normas extrapositivas y cuya finalidad sería *“evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el buen sentido de lo justo o de lo moral”*.

DÍEZ-PICAZO identifica algunos de estos principios y reglas básicas que intervienen en el campo económico y en los que nos detenemos para analizar el papel especial que puede desempeñar la figura del orden público económico en la contratación mediante cláusulas predispuestas, entrelazando el contenido de esta figura jurídica indeterminada con el especial proceso de formación de la voluntad que tiene lugar en los contratos no negociados. Entre estos principios señalados por el autor, se encuentran el derecho a la propiedad privada, la libre iniciativa y libertad económica, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe y moralización de las relaciones económicas así como el principio de seguridad jurídica.

Si el artículo 33 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada<sup>1434</sup>, el artículo 38 del mismo texto contempla *“la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”*, libertad íntimamente vinculada con el principio de libre iniciativa

<sup>1433</sup> DE CASTRO, F., *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...*, op. cit., pp. 1048 – 1049.

<sup>1434</sup> En la STS de 22 de enero de 2008 [RJ\2008\215], al hilo del artículo 515 del Código civil y la limitación de usufructo a favor de persona jurídica a 30 años, el Tribunal afirma que *“se trata de una regla imperativa en cuanto vela por el orden público económico, en el que es pieza importante la libertad de la propiedad”*.

privada y teniendo ambos la dignidad y autodeterminación humana como fundamento último<sup>1435</sup>. Entre otras implicaciones, tanto de la libertad de empresa como de la libre iniciativa privada se deriva la libertad de contratación<sup>1436</sup>, es decir, que los intercambios se produzcan de manera libre y de acuerdo con la voluntad de los interesados. Como sabemos, la idea de que en los contratos de adhesión hay una falta de voluntad en el sentido de consentimiento ya está superada pero lo que está claro es que este tipo de contratación no se basa en un acuerdo libre de voluntades en el sentido pleno de la expresión. No quiere decir esto que todo contrato predispuesto, por el mero hecho de serlo, sea contrario al orden público (por ser contrario al principio de libertad de contratación)<sup>1437</sup> pero lo que sí que parece difícil es pensar que existe esta total libertad de contratación cuando lo que firma el adherente es un clausulado lesivo para sus intereses, que le perjudica y ello sin justificación alguna, bien por otro beneficio que equilibra el negocio jurídico en su conjunto, bien por el tipo de contrato, el tipo de prestación, etc. Esta libertad de contratación, presupuesto necesario para el funcionamiento del mercado puede, en ocasiones, verse puesta en entredicho en la contratación mediante condiciones generales. El Estado está llamado por el legislador constitucional a garantizar unas condiciones que aseguren el efectivo ejercicio del derecho, sin injerencia estatal, pero esto, lejos de ser un argumento contra el control de contenido en contratos predispuestos, lo es a favor: en este tipo de contratación no hay esa libertad, ese acuerdo de voluntades totalmente autónomas o soberanas, con lo que la intervención tiene como finalidad, precisamente, su garantía, asegurar la igualdad, la protección de la parte débil, pues la actuación económica en libertad es fundamental para la sociedad<sup>1438</sup>.

---

<sup>1435</sup> PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 359.

<sup>1436</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 56, habla de libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica y libre contratación. GOIG MARTÍNEZ, J. M., “Comentario al artículo 38”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1998, p. 737, concreta en tres las libertades en las que despliega sus efectos la libertad de empresa: libertad de inversión, libertad de organización y libertad de contratación. PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa...”, op. cit., p. 378, señalan que no pueden ejercerse las libertades económicas sin que, entre otras cosas, se garantice la libertad contractual y la fuerza vinculante de los contratos.

<sup>1437</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 189, apunta que aunque las condiciones generales de la contratación chocan con principios tan importantes para el contrato como son la libertad y la igualdad contractual, una vez que su uso ha sido aceptado, forman parte del mismo orden público.

<sup>1438</sup> En palabras de Díez-PICAZO, “las personas solo son libres si pueden actuar libremente en el ámbito económico”.

Salvando las distancias, esta sería la idea que subyace en el ámbito del Derecho de consumo y de defensa de la competencia, legislaciones que no tienen, en principio, un alcance restrictivo de la libertad de empresa

También la idea de que nuestro orden económico se asienta sobre el principio de la conmutatividad del comercio puede ser conectada con la protección de todo adherente. Una de las implicaciones que deriva DÍEZ-PICAZO de esta directriz es la necesidad de que el intercambio de bienes y servicios debe guardar el mayor equilibrio posible. El artículo 1289 Cc, criterio residual de interpretación que llama a atender, en caso de duda y en los contratos onerosos, a la “*mayor reciprocidad de intereses*” refuerza este argumento. Si bien ese equilibrio no se exige respecto de las prestaciones en los contratos de adhesión, pues ni siquiera en la contratación con consumidores los elementos esenciales están sujetos a control de contenido<sup>1439</sup>, la apelación a una necesaria armonía entre los derechos y obligaciones de las partes es una constante en el ámbito del control de contenido de los contratos predispuestos ya que la idea de que cada contratante espera recibir tanto como se propone a entregar<sup>1440</sup> se debe entender referida al contrato en su conjunto.

Ya se ha aludido en el apartado anterior a la moralización de las relaciones económicas, de igual forma que la buena fe, con una presencia transversal en todo el trabajo, tiene su propio espacio como figura esencial para el control de contenido en las condiciones generales de contratación de varias formas, siendo la más importante la buena fe recogida en el artículo 1258 Cc, que se desarrollará en la última parte del trabajo. En cuanto al principio general de seguridad jurídica<sup>1441</sup>, contenido en el artículo 9.3 de la Constitución, en su vertiente de seguridad en el tráfico jurídico puede tener sus implicaciones en el ámbito de los contratos de adhesión. Si, en general, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica<sup>1442</sup> y la seguridad del tráfico justifica en algunos supuestos, por ejemplo, la dispensa de la carga de averiguación por parte de uno de los contratantes de determinados aspectos, no parece descabellado trasladar

---

(SATRÚSTEGUI, M., *Derechos de ámbito económico y social*, en VVAA, Derecho constitucional, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 381).

<sup>1439</sup> Si recordamos, en la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 sí que se hablaba de “*justo equilibrio de las contraprestaciones*” como requisito, entre otros, para que una cláusula no fuera abusiva. Sin embargo, con la LCGC, se cambió el criterio pasando a requerirse al “*justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*”, por considerarlo más adecuado.

<sup>1440</sup> LETE ACHIRICA, J., “Comentario al artículo 1289”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1419.

<sup>1441</sup> Relacionando determinadas situaciones del Derecho de sociedades con la seguridad jurídica como integrante del orden público económico, STS de 17 de marzo de 2011 [RJ\2011\2880] y SAP Cádiz de 26 de enero de 2009 [JUR\2009\157116]. En ellas, se relaciona el reconocimiento por el Ordenamiento Jurídico de personalidad jurídica a las sociedades capitalistas -con la consiguiente limitación de responsabilidad por deudas a los bienes y derechos de la sociedad-, con los deberes que se le imponen correlativamente a sus administradores y que tienen por destinatarios, no solo a los socios que les designan, sino también al orden público económico e incluso a terceros. Este orden público económico que, en el caso de que concurren circunstancias tipificadas como justificativas de la disolución de la sociedad, considera perjudicial y peligroso que ésta continúe en el tráfico jurídico por cuestiones de seguridad del mercado y protección de los intereses de los terceros que se relacionen con la sociedad.

<sup>1442</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit, p. 71.

este concepto al ámbito de los contratos predispuestos y pensar que, por sus propias características, también es merecedor de dicha protección aquel adherente de buena fe que firma un contrato confiando en que no hay cláusulas abusivas para él y al que no se le puede exigir una inspección y valoración atenta del clausulado, por mucho que su conocimiento y comprensión se presuponga por la existencia de un control de incorporación.

En el terreno de la casuística, son variados los pronunciamientos en los que los tribunales valoran la inclusión de una materia como de orden público económico –y, en su caso, su posible vulneración-. Junto a algunos de los supuestos a los que se hizo referencia con anterioridad, cabe añadir otros ejemplos. No es contraria al orden público la cláusula inserta en un contrato de compraventa de vivienda que limita el plazo para denunciar las deficiencias observadas en la vivienda a quince días desde la entrega, perdiendo, en otro caso, todo derecho a la reclamación, salvo por vicios ocultos: al tratarse de meras imperfecciones corrientes de alcance menor, la limitación no puede interpretarse como contraria al orden público pues no exonera *de facto* al deudor por el incumplimiento, y la diligencia en la denuncia que exige del acreedor para el resarcimiento se acomoda razonablemente al propio carácter de los vicios o defectos sobre los que recae (SAP de Cantabria, de 23 de enero de 2001 [JUR\2001\132613]). Esta resolución, como se ve, conecta con la idea del necesario equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

A diferencia del transporte de personas, ámbito en el cual el orden público prohíbe las cláusulas de exoneración o restricción de la responsabilidad, en el transporte de cosas, salvo que haya mediado dolo o culpa grave, no se produce dicha colisión (SAP de Madrid, de 4 de mayo de 2001 [JUR\2001\204544]). Siguiendo con responsabilidad, aunque en otra esfera, las normas sobre el régimen de responsabilidad de administradores y liquidadores tienen carácter imperativo, de tal forma que la exclusión o limitación de responsabilidad derivada de cualquier clase de acuerdo debe considerarse contraria al orden público (SAP de Madrid, de 7 de abril de 2006 [AC\2006\1787]). En este caso, más que declarar la nulidad por contravención del orden público económico, se alude como refuerzo de la imperatividad de las normas que regulan estas responsabilidades concretas.

Por otra parte, los tribunales han reiterado que *"la perpetuidad es, salvo casos excepcionales (...), opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada*

como atentatoria al orden jurídico"<sup>1443</sup>. A pesar de esto, continúa la STS de 8 de septiembre de 2014 [RJ\2014\4946], no puede considerarse como contraria al orden público y, por tanto, nula, la comercialización de participaciones o acciones preferentes, al ser una figura prevista por el legislador y que, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito viene su perpetuidad justificada como una garantía: este régimen legalmente previsto para la emisión de participaciones preferentes, en el que destaca la perpetuidad, constituye una excepción a la reseñada prohibición jurisprudencial, que impide pueda sancionarse su comercialización con la nulidad por ser contraria al orden público<sup>1444</sup>.

Como se puede observar, se trata de supuestos diversos y en ninguno de ellos el tribunal relaciona la posible infracción al orden público económico, en su caso, con el hecho de que haya una imposición por parte de uno de los contratantes aprovechando una situación de inferioridad de la otra. Donde sí que es relevante esta circunstancia es en dos ámbitos en los que los pronunciamientos que incluyen el orden público económico son frecuentes aunque sea para refrendar que se trata de materias claramente en él incluidas y las consecuencias que de ahí se derivan. Se trata del Derecho de la competencia y el Derecho de consumo.

Como no podía ser de otra manera a la vista de los orígenes del término en el ordenamiento jurídico positivizado español, las normas de defensa de la competencia forman parte del orden público económico. Están en conexión con la libertad de empresa anteriormente mencionada, una de cuyas implicaciones, además de la libertad de contratación, es la libre concurrencia económica. Así lo pone de manifiesto la STS de 3 de octubre de 2007 [RJ\2008\2922] al afirmar que

*“las normas de defensa de la competencia, representadas en el ámbito comunitario por los artículos 81 y 82 del Tratado, y en el ámbito nacional por los artículos 1 y 6 LDC, tienen una doble naturaleza: por un lado, forman parte del orden público económico dentro del marco constitucional de una economía de libre mercado dirigida su aplicación a los poderes públicos o administraciones con competencia en la materia para garantizar que el orden público económico y la libre competencia que propugnan no se vean vulnerados y, por otro lado, dichas normas tienen un alcance iusprivatista: prohíben conductas y prácticas*

<sup>1443</sup> Esta sentencia puede ponerse en relación con la citada con anterioridad que entendía un contrato de cesión de negocio celebrado a perpetuidad opuesto a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria y al orden público (STS de 26 de octubre de 1998).

<sup>1444</sup> “La perpetuidad de las participaciones preferentes viene configurada legalmente como una garantía, frente a terceros que contratan con el banco o la entidad que las emite, de la estabilidad de sus fondos propios, y en esto se asemejan al capital, sin perjuicio de la posibilidad de que se amorticen”, apunta el TS. Eso sí, la validez de estos productos no impide que, por la forma en que pudieran haber sido comercializados se haya cometido algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error.

*susceptibles de perjudicar directamente los intereses económicos de sujetos privados, ya sean empresas o los propios consumidores, y son precisamente los juzgados y tribunales ordinarios los encargados de tutelar los intereses privados que se vean perjudicados por la aplicación directa de dichas normas”.*

La consecuencia de infringir el límite del artículo 1255 Cc que representa el orden público —en su versión económica— conlleva la nulidad del pacto. *“El concepto de orden público económico ha de imperar sobre el principio de autonomía privada de la voluntad apoyando la nulidad de pleno Derecho de aquellos pactos que restringen la libre competencia”*, dice la SAP de Granada de 24 de febrero de 2001 [JUR\2001\126842], declarando nulo un acuerdo por el que se restringía la distribución de fondos editoriales en una zona geográfica si entraba en competencia con los firmantes<sup>1445</sup>. Por el contrario, la aceptación de un cálculo de los honorarios por servicios jurídicos basado en una cuota o porcentaje del beneficio obtenido es perfectamente amparable en lo dispuesto en el artículo 1255 Cc, con independencia de la prohibición incluida en el Estatuto de la Abogacía respecto de la *cuota litis*, teniendo este hecho una trascendencia exclusivamente limitada al ámbito corporativo: *“es claro que el pacto de honorarios en consideración al resultado de la hoja de encargo es consecuencia del principio de libertad de pactos y se inserta en un orden público económico que tiene la libre competencia como uno de sus principios rectores”* (SAP de A Coruña, de 9 de febrero de 2011 [JUR\2011\161167]).

Si es inabarcable la jurisprudencia que vincula orden público económico y defensa de la competencia y de la que solo hemos reseñado dos sentencias a modo de ejemplo, también son abundantes las referencias al derecho de consumo estrictamente hablando<sup>1446</sup>, como bloque normativo incluido dentro de aquel concepto. No hay que olvidar que, en este caso, existe un refuerzo extra que es el artículo 51 de la Constitución, que conmina a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. En él se basa el principio de interpretación *pro consumatore*, *“erigiéndose como uno de los principios básicos del llamado orden público económico de protección, vinculante para quienes interpretan y aplican el Derecho”* (SAP de A Coruña, de 21 de mayo de 2007 [JUR\2007\295652])<sup>1447</sup>.

---

<sup>1445</sup> O bien, desde el ángulo opuesto, *“cabe alegar que más regla general es en nuestro ordenamiento jurídico el principio de autonomía de la voluntad y aún más excepcional una sanción tan extraordinaria como es la nulidad de pleno derecho, únicamente justificada en materia de competencia cuando concurre la necesidad de proteger el orden público económico”* (STS de 31 de julio de 2007 [RJ\2007\5093]).

<sup>1446</sup> Ya que el Derecho de defensa de la competencia también tiene, como fin último, la protección del consumidor.

<sup>1447</sup> En el mismo sentido, reconociendo el ámbito de los contratos de consumo como integrante del orden público económico, SSAP de Murcia, de 31 de marzo de 2000 [AC\2000\1282], de Lleida, de 14 de enero de 2002 [AC\2002\181] y de 25 de octubre de 2003 [JUR\2004\26422], de Islas Baleares, de 28 de septiembre de



Como ya se dijo respecto de la moral, las concretas prohibiciones de cláusulas abusivas contenidas en el TRLGDCU no son sino una aplicación específica de la idea del orden público económico<sup>1448</sup>. De hecho, un caso evidente en el que el orden público desempeña un papel limitativo de la autonomía de la voluntad es el de las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, aún en el caso de culpa leve, por los daños o lesiones causadas al acreedor, bien en su integridad física o moral o cualquier otro derecho fundamental, supuesto contemplado por el artículo 86.2 TRLGDCU y que también puede ser atacado por la vía de la contrariedad con la moral<sup>1449</sup>, con independencia, por tanto, de que el contrato sea con un consumidor o entre empresarios<sup>1450</sup>.

El inconveniente para el estudio de la aplicación de la nulidad por contravención del orden público económico en estos dos ámbitos –pactos que restringen la competencia, cláusulas abusivas en contratos con consumidores– deriva del hecho de que la nulidad se articula principalmente a través de una norma positivizada y no del orden público como límite a la autonomía de la voluntad del artículo 1255 Cc, estrictamente hablando. Las menciones al orden público son a modo de recordatorio de que se trata de una materia en él incluida y para “reforzar” su imperatividad. Es claro, no obstante, que en el fundamento de estas limitaciones se encuentra la finalidad protectora de las normas de orden público respecto de aquellos sectores que, por el desarrollo económico, de los mercados o las nuevas formas de contratación, han podido quedar en situación de desprotección, como es el caso de los consumidores o de empresarios débiles amenazados por las posiciones de dominio de otros empresarios (que, a su vez, tiene implicaciones para el consumo). Recordemos, en este sentido, la proyección del orden público económico como orden público de protección a la que se aludía al inicio del epígrafe.

---

2004 [JUR\2004\314731], de Barcelona, de 1 de febrero de 2005 [JUR\2005\81376], de Málaga, de 17 de abril de 2013 [JUR\2013\224600].

<sup>1448</sup> VICENT CHULIÀ, F., “Condiciones generales de la contratación...”, op. cit., p. 62; SALELLES CLIMENT, J. R., *Exclusión y limitación de responsabilidad...*, op. cit., p. 346.

<sup>1449</sup> Artículo 86.2 TRLGDCU: “Serán abusivas las cláusulas que prevean [...] *La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél*”. Acerca de la relación entre este precepto y la moral, *cfr.* el apartado anterior relativo a la moral y el referido a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad (Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.iv.c)

<sup>1450</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 654 – 655, señala que el orden público impone que el deudor responda en todo caso y de forma integral de aquellas obligaciones que atienen a la salvaguardia de la integridad física o moral del acreedor o cualquier otro derecho fundamental suyo. *Vide* también, ALVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 181; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 86...”, op. cit., p. 1074; MORALES MORENO, A. M., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 10ª...”, op. cit., p. 1152.

En realidad, y aunque la regulación de consumo no le es de aplicación a los contratos predispuestos entre empresarios<sup>1451</sup>, no podemos olvidar que lo que subyace detrás de este tipo de relaciones es también una situación de desigualdad, pues ésta viene dada –aunque con matices diferenciadores respecto los consumidores- por el hecho de ser adherente dentro de un proceso de formación del negocio jurídico peculiar. Por otra parte, recordamos que la propia Exposición de Motivos de la LCGC, sin perjuicio de su dudoso sentido, vinculaba el posible control de contenido en las condiciones generales entre profesionales con la existencia de abuso de una posición dominante. No estamos lejos, pues, del fundamento del orden público económico. Como se dejó apuntado al hilo de las directrices básicas que DÍEZ-PICAZO identificó dentro de esta noción, el mero uso de condiciones generales no vulnera, por sí solo, el principio de libertad de contratación –y, por tanto, el orden público económico-. Ahora bien, si combinamos esto con un contenido desequilibrado a favor del predisponente y en perjuicio de la parte débil de la relación, contrariando a su vez otra regla del orden público económico, el principio de conmutatividad del intercambio, la respuesta, a nuestro juicio, tiene que ser distinta.

JORDANO FRAGA<sup>1452</sup> expone la especial función del orden público en el ámbito de las condiciones generales de la contratación y que se resume en procurar una justa distribución de los riesgos entre las partes. Por ejemplo, retomando las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, más allá de las referidas a las lesiones o daños de la persona, el orden público representa en los contratos de adhesión un límite ulterior respecto del dolo y la culpa grave, límite más exigente que viene justificado por la especial contratación en la que ambas partes no se encuentran en un plano de igualdad. *“De este modo”, apunta el referido autor, “surge la consideración del orden público como exigencia de justicia sustancial en las relaciones particulares, exigencia derivante de una justa distribución entre las partes de los riesgos del incumplimiento. Con esta idea de orden público chocan las cláusulas de condiciones generales que para toda una serie de contratos pretenden alterar el equilibrio que establecen las normas de la ley en tema de responsabilidad, descargando sistemáticamente sobre la parte débil los riesgos típicos de la actividad (debetoria) de la gran empresa-predisponente”.*

Este es el fundamento -la exigencia de justicia sustancial en las relaciones particulares, la justa distribución entre las partes del riesgo del incumplimiento- en el que se basan algunos

---

<sup>1451</sup> Y habiendo descartado que el Derecho de la competencia pueda cumplir de forma satisfactoria el rol de protector del empresario adherente.

<sup>1452</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 690 – 691. Ya GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., pp. 162 – 164, había encontrado preferente la vía del orden público económico que la de las buenas costumbres para atacar la eficacia de las convenciones de no responsabilidad monopolísticas.

de los supuestos de cláusulas abusivas contenidos en el TRLGDCU, más allá del evidente referido a la exclusión de responsabilidad por muerte o lesiones: es el caso de la cláusula que impone al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario (artículo 89.3) y la que transmite al consumidor y usuario las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (artículo 89.2)<sup>1453</sup> (esta última recordemos que también se había señalado como contraria a la moral). Si estas cláusulas presentan un problema de justo equilibrio contrario a las exigencias del orden público, esto podría ser un indicio para ser valoradas como “abusivas” también cuando el adherente sea un empresario, siempre teniendo en cuenta los matices diferenciadores respecto de la figura del consumidor en cuanto a nivel de diligencia exigible.

En esta línea, aunque sin hacer referencia a la contratación adhesiva entre comerciantes, identifica ÁLVAREZ LATA<sup>1454</sup> el orden público de protección como límite de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando éstas afectan al contratante débil. SALELLES<sup>1455</sup>, por su parte, ya sí acerca del orden público económico y las cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad en contratos predispuestos entre empresarios, pone de nuevo el acento en el principio de equilibrio, en la exigencia de conmutatividad en los intercambios, como parámetro de valoración de la exclusión o limitación de responsabilidad estipuladas.

Para terminar, esta composición de lugar nos parece que no está muy distante de algunas de las ideas apuntadas por la doctrina alemana al hilo de la elaboración de categorías de supuestos que pueden dar lugar a la nulidad por una contravención del § 138 I BGB (“*Sittenwidrigkeit*”). Si recordamos, uno de los criterios era las limitaciones excesivas a la libertad que, como se apuntaba, solían aparecer en las resoluciones conjuntamente con otros elementos, como el abuso de superioridad o de dominio y la existencia de desequilibrios graves. Del mismo modo, aquí se conjuga la limitación a la libertad del adherente que supone la contratación mediante contratos predispuestos con un desequilibrio no justificado en el reparto de los riesgos del contrato para dar lugar a una situación contraria al orden público. Esta concreta articulación podría ser la fórmula para que el orden público funcionara como control de contenido de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. El problema es determinar en qué casos esta yuxtaposición de limitación de libertad y desequilibrio puede considerarse realmente contraria al orden público. Está claro que el orden público, por su contenido íntimamente vinculado con las peculiaridades o vicisitudes de los contratos predispuestos, está más cerca de funcionar como límite en

<sup>1453</sup> Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 22ª, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1294 – 1295.

<sup>1454</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas...*, op. cit., p. 182.

<sup>1455</sup> SALELLES CLIMENT, J. R., *Exclusión y limitación...*, op. cit., pp. 165, 284 – 285.

estos supuestos que la moral. Sin embargo, no ha sido muy utilizado como tal por la jurisprudencia, posiblemente porque no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, con los problemas que ello comporta, y porque en un gran número de casos se vincula su infracción con el abuso de posición dominante, lo que limita su ámbito de aplicación. La doctrina, mirando al ejemplo de Alemania, que acabó abandonando el § 138 I BGB como fundamento del control de contenido de las condiciones generales para pasar a centrarse en el § 242 BGB, apuesta también por la más flexible figura de la buena fe como cláusula general sobre la que apoyar el control material. Aun así, como señala MIQUEL, el orden público económico se erige como un primer estadio en la historia del control de contenido de las condiciones generales que “*aunque es insuficiente es mejor que nada*”<sup>1456</sup>.

---

<sup>1456</sup> MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 473. En el mismo sentido se pronuncia ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 189, para quien, a pesar de ser una noción a tener presente en la contratación adhesiva, resulta poco operativo como control de contenido por su imprecisión y ambivalencia.

## **RECAPITULACIÓN**

### ***LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE MEDIANTE LAS REGLAS GENERALES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES***

---

Dada la no existencia de un régimen de control material específico en materia de contratación predispuesta para contratos entre empresarios y, por el contrario y como defendimos en el Capítulo I, sí la necesidad de protección de ciertos empresarios adherentes que ostentan una posición débil, debemos valorar las posibilidades de control que presentan esas normas generales imperativas o prohibitivas a las que remite el art. 8.1 LCGC. A esto hemos dedicado, precisamente, los Capítulos II y III.

En primer lugar, descartamos la adecuación del Derecho de la competencia para cubrir esas necesidades de control puesto que, aunque esta rama y el Derecho de condiciones generales tienen elementos e incluso algunos objetivos en común, los supuestos a los que puede llegar el Derecho de la competencia son solo una parte de todos los posibles abusos que pueden producirse en el ámbito de la contratación predispuesta. No es de extrañar, en tanto en cuanto las normas de Derecho de la competencia, más directa o más indirectamente, tienen la vista puesta en el funcionamiento del mercado y de la competencia, mientras que la preocupación en los contratos de adhesión radica en que éstos se han formado con un déficit de autonomía de la voluntad por parte de uno de los contratantes, hecho que no tiene por qué afectar a lo primero.

Yendo ya al Derecho general de obligaciones y contratos, hemos desechado también la posibilidad de aplicación analógica del control de contenido previsto para los contratos de consumo: si bien podría decirse que hay identidad de razón, no parece que haya una laguna jurídica y menos desde la aprobación del TRLGDCU. No se niega la existencia de control material en contratos predispuestos entre empresarios pero será el que derive de las normas generales y no el específico previsto para los consumidores. Y precisamente al análisis de los límites generales a la autonomía de la voluntad previstos en el art. 1255 Cc (la ley, la moral, el orden público) es a lo que se dedica el grueso de la Segunda parte. Tanto la moral como el orden público son dos figuras que, si bien representan un claro y contundente coto a la libertad de determinación del contenido de los contratos, tienen una operatividad limitada por su inherente imprecisión e indeterminación. Cuándo puede considerarse

inmoral una desviación del predisponente a su favor en la fijación del clausulado del negocio jurídico o cuándo una conjunción de falta de libertad de contratación y ausencia de conmutatividad en el contenido del contrato es contraria al orden público (económico), es lo difícil de concretar. Es verdad que algunas conductas concretas han sido tipificadas, por ejemplo, en la normativa para consumidores, lo que hace más sencilla su aplicación a contratos entre empresarios, pero no en atención a una teoría indiciaria al estilo alemán, sino porque se trata de cláusulas directamente contrarias al art. 1255 Cc y, por tanto, nulas en todo tipo de contratos.

En cuanto a la protección que representa la ley imperativa, a la vista de lo analizado, el precepto que más posibilidades presenta es el art. 1256 Cc y su interdicción de la arbitrariedad. Esta norma abarca muchos supuestos y su propia *ratio* —no dejar el contrato en manos de uno de los contratantes— está relacionada con la idea del uso peligroso que un predisponente puede hacer de los clausulados predispuestos: el problema no es su utilización en sí sino su posible mala utilización por la parte que tiene la posición preeminente que, aprovechándose de ella, puede pretender hacer lo que quiera con el contrato. En aplicación de este artículo hay cláusulas que devendrían directamente nulas y otras que podrían serlo, tal y como hemos concluido, si no van acompañadas de unas reglas determinadas y objetivas o no existe una compensación o justificación para el beneficio unilateral del predisponente. Dentro del ámbito del art. 1256 Cc están, por ejemplo, la reserva de facultades de interpretación del contrato o de la adecuación de los bienes o servicios objeto del mismo, cláusulas que excluyen el derecho del adherente de resolver el contrato ante un incumplimiento del predisponente, posibilidad de modificar o de dar por terminado unilateralmente el contrato, cláusulas relativas a prórrogas o a plazos o cláusulas modificativas de la responsabilidad, según el tipo de obligación a la que afecten y el grado de limitación que supongan. Respecto de estas últimas, otra norma imperativa, el art. 1102 Cc, proscribía claramente las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave, del mismo modo que, con apoyo en el art. 1485.II Cc, se podría declarar nula cualquier cláusula que exonerara al predisponente vendedor a responder de los vicios ocultos que no ignorara o que no debiera ignorar. Así mismo en materia de consignación encontramos límites imperativos, no solo en cuanto a la propia posibilidad de consignar un bien ante la negativa injustificada del acreedor a recibir el pago, sino también en lo que a cláusulas que pudieran obstaculizarla o dificultarla se refiere. Por su parte, también ha sido objeto de análisis (aunque en la Primera parte) una norma imperativa de

interpretación, la regla *contra proferentem* contenida en el art. 1288 Cc, ampliamente utilizada en materia de condiciones generales para intentar paliar abusos de los predisponentes pero respecto de cuyo supuesto de hecho y cuya naturaleza meramente interpretativa y no de norma de control de contenido debemos ser conscientes. Por último, un precepto imperativo que podría suponer un límite frente a las cláusulas penales exorbitantes al permitir su moderación en determinados casos, el art. 1154 Cc, nos parece inoperante como norma de control material puesto que su supuesto de hecho se limita a la moderación en caso de cumplimiento parcial o defectuoso y, pensamos, no abarca los supuestos de cláusulas exorbitantes e incumplimientos totales.

También fuera del Código civil nos encontramos normas de *ius cogens* que se suman a las anteriores como líneas cuyo trazado no está permitir cruzar por ningún contratante y, por tanto, tampoco por el predisponente en un contrato de adhesión. Éstas, garantizan una cierta protección al adherente en aspectos procesales concretos como son la carga de la prueba -el art. 217 LEC tiene como objetivo evitar que el adherente tenga que probar hechos que no le corresponden o cuya acreditación le es muy dificultosa- y el lugar donde se litiga -el art. 54 LEC priva de validez las cláusulas de sumisión expresa en condiciones generales-.

Cambiando de ámbito, uno sensible por la relevancia que tiene para la actividad empresarial es el de la financiación. Quizás por esto la primera norma en nuestro ordenamiento jurídico que regula expresamente un control de contenido en torno a una cláusula general para contratos entre empresarios, es una norma vinculada con la financiación, en concreto, con la derivada del crédito comercial. La LMOC pretende, así, controlar posibles abusos ligados, especialmente, a los plazos de pago de las mercancías y los tipos de interés de demora, para lo que dispone, en unos casos, una serie de límites inamovibles para las partes y, en otros, un margen de actuación sujeto a un control de abusividad. Eso sí, hay que tener en cuenta que, aunque afecta a los contratos predispuestos, no solo le es de aplicación a ellos sino que su ámbito abarca también a los contratos negociados. La razón última de la norma no reside, por tanto, en un problema de falta de autonomía bilateral de la voluntad, como en el caso de los contratos predispuestos (aunque algunos casos no estén totalmente desvinculados del mismo porque se puede presuponer que plazos o intereses desproporcionados solo pueden provenir de una imposición). Plazos de pago y tipos de interés de demora abusivos, entre otros, están por tanto sujetos a control en las operaciones del llamado crédito comercial. No ocurre lo

mismo en el caso de los intereses de demora y la financiación empresarial obtenida a través de entidades financieras o de crédito. En este caso, salvando ciertas obligaciones de transparencia de las que sí se ven beneficiados algunos adherentes no consumidores –pero muy limitadas, tanto en cuanto al objeto como en cuanto a los sujetos-, los empresarios parte débil en contratos de financiación no disponen de normativa que ataje posibles abusos de la contraparte en este tipo de contratos, que suelen ser campo abonado para los mismos porque su forma habitual es la de contrato predispuesto. En este sentido, la Ley de Usura de 1908, aplicable a todo contrato de préstamo –y, por ende, también a los contratos no negociados entre empresarios-, si bien supone un límite para los intereses retributivos (que, al ser elemento esencial del contrato, no nos interesan porque quedan excluidos de un posible control de contenido), no lo hace respecto de los moratorios. Es decir, no es una vía de supervisión de actuaciones abusivas de un predisponente que fija unos intereses por demora exorbitantes. Salvo, a nuestro juicio, que estos intereses, aun siendo nominalmente por demora, por la configuración del contrato y las posibilidades efectivas de cumplimiento del mismo, desempeñen más bien una función retributiva.

Hasta aquí, esta breve vista panorámica de los supuestos de posibles abusos cubiertos por los límites generales a la autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc. Aunque la tipología de cláusulas que se ha visto es variada, no cabe duda de que son muchos los casos que no quedan cubiertos por estas normas generales imperativas y prohibitivas. Son, los analizados en el Capítulo III de la Segunda parte, aspectos que se extraen a la autonomía de la voluntad en todo tipo de contratos, también en los negociados, en los que ambas partes son libres de autodeterminarse y autorregular sus intereses en un plano de relativa igualdad. Pero, como se ha venido repitiendo a lo largo del trabajo, esto no ocurre en los contratos predispuestos en los que, precisamente, el problema es la falta de dicha libertad. La consecuencia lógica es que el control que puede ser adecuado para contratos negociados posiblemente no lo sea para aquellos en los que no ha habido posibilidad de tal negociación, porque las necesidades de protección son, en su caso, más intensas. No se trata de salvaguardar solo determinados intereses esenciales de los que los sujetos no pueden disponer por su carácter básico o necesario, sino de garantizar algo más, un resultado material equilibrado en aquellos negocios jurídicos cuyo proceso de formación no lo garantiza.



Así las cosas, los límites generales a la autonomía de la voluntad se quedan cortos para cubrir todos los posibles abusos en contratos no negociados puesto que, al tener en cuenta esto como parámetro de valoración, el umbral del control debe ser menor. Así lo hemos visto en estos dos capítulos: al hilo del estudio del Derecho imperativo y a la par que se delimitaban y concretaban los supuestos o requisitos para facilitar al máximo su utilización como normas de control de contenido, han ido surgiendo otros supuestos relacionados que también podrían representar abusos en la contratación no negociada y que no se cubren, sin embargo, con el recurso a la ley imperativa, la moral o el orden público. Dos ejemplos muy significativos son las cláusulas penales y ciertas cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, ambas de uso habitual en la contratación y, en especial, en la contratación entre empresarios. No es raro ver excesos en la configuración de estas cláusulas mediante las que el predisponente aprovecha su posición para imponer al adherente riesgos que no le corresponderían o garantías desproporcionadas frente al incumplimiento, sin compensación ni justificación objetiva alguna. En el caso de que el adherente sea un no consumidor susceptible de ser protegido por su posición, será necesario recurrir a un control diferente al que representa el Derecho imperativo, en concreto, según lo que se defiende aquí, a la buena fe del art. 1258 Cc. Precisamente a esta figura dedicaremos las líneas que siguen y, con ello, la última parte del trabajo.



***TERCERA PARTE***

***LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 COMO POSIBLE MECANISMO DE  
CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES  
GENERALES ENTRE EMPRESARIOS***

---



**CAPITULO I****LA BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL CODIGO DE COMERCIO**

---

En las páginas anteriores hemos visto cómo el Derecho de la competencia y los criterios generales de control del Derecho de obligaciones y contratos, si bien son lógicamente aplicables a los contratos predispuestos entre empresarios, dejan muchos supuestos de posibles abusos por parte del predisponente en este tipo de contratos sin resolver. Bien porque su generalidad impide que puedan suponer una vía de nulidad para aquellos supuestos que no impliquen una vulneración flagrante del ordenamiento jurídico (véase orden público, moral), bien porque, por el contrario, tienen un ámbito de aplicación delimitado, que no siempre ha sido desarrollado en todas sus posibilidades teniendo en cuenta el factor predisposición o que -en algún caso, como el de interpretación *contra proferentem*- se han aplicado más allá de la finalidad de la norma, precisamente, para suplir estas carencias. Dado que nosotros defendemos la oportunidad de un control de contenido en contratos mediante condiciones generales entre empresarios, es necesario encontrar una pauta o un concepto que permita hacer frente de forma general a todos los excesos que pudiera cometer el predisponente frente a un empresario adherente. Pues bien, la noción de la buena fe, a la que se recurre junto con la idea de desequilibrio de derechos y obligaciones en la legislación de consumidores, podría ser ese criterio de control también en condiciones generales de la contratación entre empresarios, con las salvedades que veremos.

En cualquier caso, y como paso previo, hay que decir que no es casualidad dedicar estas líneas en exclusiva a la figura de la buena fe, como núcleo sobre el que asentar un posible control de contenido de condiciones generales fuera de la LCGC y dentro de las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos. La buena fe, como hemos tenido ocasión de ver en las alusiones a las distintas fórmulas de control material, es el centro de todas ellas. Así lo es en el ámbito del Derecho de consumo (Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y, como consecuencia, nuestro TRLGDCU y las leyes traspuestas de los países vecinos, que hacen referencia a cláusulas contrarias a las exigencias de la buena fe) y también en los sistemas que amplían su ámbito subjetivo a todo adherente. Recordemos el § 307 BGB y su “*Treu und Glauben*” o la “*boa-fé*” del art. 15 de la *Lei de cláusulas contratuais gerais* portuguesa. Los textos

Europeos de Derecho de los contratos también hacen de la buena fe un elemento esencial de la definición de cláusulas abusivas, tal y como demuestra el artículo 4:110 PECL (“*en contra de los principios de la buena fe*”), el artículo II- 9:403 DCFR (“*en contra de las exigencias de la buena fe*”) o el 6:301 de los Principios Acquis (“*contraria a las exigencias de la buena fe*”). Asimismo ocurre en normativa sectorial, como la Ley contra la Morosidad, que introduce en su última reforma la figura de la buena fe en el control material respecto de cláusulas o prácticas relacionadas con el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro (artículo 9). Y en esta línea se ha mantenido la Propuesta de Modernización de la Sección Civil de la Comisión de Codificación, al configurar su control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente recogido en el artículo 1262.

Se podría decir, por tanto, que, al igual que hablar de condiciones generales de la contratación es hablar de control de contenido, hablar de este control, es hablar, a su vez, de buena fe. Carecemos sin embargo en la normativa dedicada a los contratos predispuestos en nuestro ordenamiento jurídico, de una cláusula general de la buena fe aplicable a todo adherente en el sentido de la contenida en el artículo 82 TRLDCU, sólo de aplicación a los contratos con consumidores y respecto de la que no cabe, a nuestro juicio, la analogía<sup>1457</sup>. Pero la buena fe está presente también en legislación no restringida al Derecho de consumo y, por ende, aplicable a todo tipo de contratos<sup>1458</sup>. Es necesario, así, ver las posibilidades como fundamento de un control de contenido de ciertos preceptos que aluden a la buena fe.

En este sentido, es incuestionable que la buena fe es un criterio central en nuestro ordenamiento jurídico privado<sup>1459</sup>. De hecho, las referencias a la buena fe son constantes a lo largo de nuestra normativa siendo, a la vez, un concepto de abundante recurso por los Tribunales. Sin embargo, estamos ante una noción que puede ser utilizada en diversos sentidos y respecto de la que se han hecho diferentes clasificaciones. Una primera distinción es la por todos conocida buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Si la primera es un estado de conciencia, concretamente, de falta de conciencia de antijuridicidad ante un defecto jurídico, la buena fe objetiva (la que nos interesa en este trabajo) se abstrae de la

---

<sup>1457</sup> *Vide supra* Segunda parte. Capítulo II.

<sup>1458</sup> Es más, como señaló DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 137: “*el campo del Derecho mercantil es una de las zonas donde más libre e intensamente se ha desarrollado el principio de la buena fe*”.

<sup>1459</sup> “*La buena fe es un criterio que ningún Derecho justo puede desterrar con independencia de sus previsiones*”, en palabras de ALGUER, J., “El concepto de la buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho privado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 33, septiembre – octubre, 1927, p. 550.

intención, conocimiento o desconocimiento del sujeto determinado, para centrarse en el modelo de conducta con el que se trata de regular un determinado supuesto de hecho, es decir, en el modelo de conducta que debe observarse<sup>1460</sup>. Por otra parte, las alusiones normativas a la buena fe se pueden agrupar, siguiendo a DÍEZ-PICAZO<sup>1461</sup>, en torno a tres categorías. Mientras que, por un lado, se puede entender la buena fe como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho (coincidiría, en este caso, con la buena fe subjetiva), otra acepción de este concepto se centra en la confianza en una situación jurídica objetiva. Pero el interés lo presenta para nosotros el último grupo de casos: aquéllos en los que buena fe significa “*rectitud y honradez en los tratos y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos*” (buena fe objetiva).

En relación con este último sentido, centrándonos en el campo de las obligaciones y los contratos<sup>1462</sup>, nos ocuparemos de dos de los preceptos mencionados, 7.1 y 1258 Cc, para analizar su aptitud como cauce de control de contenido en contratos mediante condiciones generales, aunque adelantamos que el artículo 1258 es el que encierra un verdadero potencial en este aspecto. De hecho, después de hacer algunas observaciones sobre la generalidad de la buena fe del art. 7.1 Cc y la función integradora de la misma noción del art. 1258 Cc, pasaremos a aportar los argumentos que nos llevan a defender la postura de aquellos autores que abogan por un control de contenido a partir de esta cláusula general.

---

<sup>1460</sup> Por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., Voz “Buena fe (Derecho Civil)”..., op. cit., pp. 835 – 836.

<sup>1461</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, pp. 60-61.

<sup>1462</sup> VON TUHR, A., La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual, *Revista de Derecho Privado*, núm. 146, 15 de noviembre de 1925, p. 341, resalta lo decisivo del principio de la buena fe en todo el campo de las obligaciones. ALGUER, J., “El concepto de la buena fe...”, op. cit., p. 435, por su parte, apunta que “*el criterio de la buena fe invade todo el campo reservado a la autonomía privada, porque existe un principio general del Derecho que proclama que la voluntad libre del hombre, ya en desarrollo de la libertad en sí, o ya para desenvolver esa libertad prolongada por el arma que confiere un derecho subjetivo, ha de producirse siempre de buena fe*”.

Se trata de un concepto, el de *bona fides*, que nos viene del Derecho Romano, según señala VON TUHR, A., “La buena fe en el Derecho romano...”, op. cit., p. 337. En la materia que nos interesa, Derecho de contratos, los romanos le daban a la expresión *bona fides* el sentido del “*parecer unánime de las personas razonables y honradas, que se revela en los usos sociales y señala los derechos que, bajo determinadas circunstancias, corresponden al acreedor en una relación contractual*”. Es el concepto central en uno de los tipos de contratos existentes, los *contractus bonae fidei*, esto es, aquellos en los que el acreedor no podía exigir una prestación determinada de antemano, sino aquello que el deudor hubiera de dar o hacer según la buena fe y en vista de las circunstancias todas del caso (*ibidem*, op. cit., p. 340).

## **I. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO: ARTÍCULO 7.1 DEL CÓDIGO CIVIL**

El principio general de la buena fe se positiviza en el ordenamiento jurídico español en 1974 con la voluntad de, manteniendo el juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, “*enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico*”<sup>1463</sup>. Así, el artículo 7.1 dispone que “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. Esta mención explícita viene a consolidar un principio general del Derecho existente en el ordenamiento y que, como tal, ya informaba el sistema jurídico. Con su inclusión en el Código civil pasa de ser una fuente informadora o subsidiaria del Derecho a ser una fuente primaria, con valor de ley<sup>1464</sup>. A pesar de las consecuencias favorables que se asociaban a esta positivización, la doctrina le restó importancia a los frutos de reafirmar el principio de buena fe sobre el argumento de que, por una parte y en palabras de MONTÉS<sup>1465</sup>, el legislador se había limitado a explicitar uno de los principios generales que ya la doctrina y la jurisprudencia habían recogido, pues de manera previa a la reforma, el artículo 1.258 Cc había servido como apoyo a los Tribunales para llevar a cabo tareas de interpretación e integración de normas y contratos conforme a los postulados de la buena fe. Por otra parte, no se habían suministrado pautas o claves que permitieran al intérprete explicar la eficacia y alcance del principio.

En este sentido, hay que colocar la buena fe del artículo 7.1 Cc en el mismo plano que la contenida en el artículo 1.258 del mismo texto: buena fe como regla de conducta que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado<sup>1466</sup>, buena fe considerada objetivamente. El hecho de que se hayan obtenido de este último artículo consecuencias más extensas que las que se derivan del 7.1<sup>1467</sup> está relacionado con el

---

<sup>1463</sup> Así reza la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se dota al artículo 7.1 del Código civil de su redacción actual. Acerca de sus antecedentes (fundamentalmente el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964) y de la tramitación de la norma, *vid.* MONTÉS, V.L., “Comentario al artículo 7.1”, en VVAA, *Comentarios a la reforma del Código civil*, vol I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 356 y ss. También, BATLLE VÁZQUEZ, M., Comentario al artículo 7, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, Edersa, Madrid, 1978, p. 117; GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al artículo 7”, en GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, p. 395.

<sup>1464</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 395. Para LÓPEZ LÓPEZ, A.M.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., “Ejercicio, límites y vicisitudes de los derechos subjetivos”, en LÓPEZ LÓPEZ, A.M. (coord.), *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 500, por el contrario, no parece que sea la formulación con carácter general de este principio pues el precepto indica sólo una particular aplicación de la regla principal de la buena fe, pero no la única.

<sup>1465</sup> MONTÉS, V.L., “Comentario al artículo 7.1...”, op. cit., p. 365.

<sup>1466</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 61.

<sup>1467</sup> MONTÉS V.L., “Comentario al artículo 7.1...”, op. cit., p. 367.



carácter indeterminado del mismo, innato a su naturaleza de principio general del Derecho positivizado y que impide que se puedan determinar de antemano los deberes concretos que conlleva la actuación conforme a la buena fe<sup>1468</sup>.

Esto no implica que la formulación del principio de la buena fe en el artículo 7.1 Cc se deba considerar inútil<sup>1469</sup>. Su ubicación en el Título Preliminar reafirma el principio general y no deja duda sobre la extensión del mismo más allá de las relaciones obligatorias a todas las relaciones de carácter patrimonial. Así, la regla de la buena fe debe ser aplicada en las reglamentaciones privadas entre particulares dentro del campo de la autonomía privada, a través de los negocios jurídicos<sup>1470</sup>. Sin embargo, sí que parece estar lejos de conseguir ser un precepto de aplicación directa por la excesiva abstracción con la que se recoge. Ciertamente, en el enunciado (“*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”) se echa en falta una mayor concreción del supuesto de hecho –“*si se puede llamar así*”, matiza MIQUEL<sup>1471</sup> - y la consecuencia jurídica, elementos que conforman una norma en sentido técnico.

Como ya se apuntó con anterioridad, no estamos ante un caso en el que con una pequeña labor de subsunción se puede definir un supuesto de hecho y la correspondiente consecuencia jurídica sino que el artículo 7.1 Cc exige algo más: determinar esos supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas encuadrables en el contenido material del mandato legal. En este sentido, el legislador no ha proporcionado pautas que ayuden al intérprete a

<sup>1468</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A.M.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., “Ejercicio, límites y vicisitudes...”, op. cit., pp. 502 – 503, entiende que lo que persigue esta exigencia ética es contemplar cada acto de ejercicio en su singularidad, en función de la expectativa de confianza que se haya generado y la especialidad de la relación jurídica existente. También MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Voz “Buena fe (Derecho Civil)”, en MONTROYA MELGAR, A., *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, Civitas, 1995, p. 831, se había referido a una renuncia a la reducción de la indeterminación en el propio sentido de las cláusulas generales. Acerca del carácter abstracto del artículo 7.1 del Código civil, vide BATLLE VÁZQUEZ, M., “Comentario al artículo 7...”, op. cit., p. 118; ROCA GUILLAMÓN, J., “Comentario al artículo 1258”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII, Edersa, Madrid, 1993, pp. 447 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al artículo 7...”, op. cit., p. 395.

<sup>1469</sup> Díez-PICAZO, L., Prólogo a WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977, p. 10, resalta que, a pesar de que no se trata de una “*genuina innovación*”, “*la inserción de un texto en el Título Preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo*”.

<sup>1470</sup> Para MONTÉS, V.L., “Comentario al artículo 7.1...”, p. 371, de hecho, la única novedad es la posición sistemática y la extensión a todo el campo de las relaciones patrimoniales.

<sup>1471</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 7.1”, PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 39. Por otra parte, es conocida la distinción que realiza Díez-PICAZO, L., “Prólogo...”, op. cit., pp. 11 – 12, entre la buena fe como parte de un supuesto de hecho, como concepto técnico-jurídico y la buena fe como principio general “*que engendra una norma jurídica completa, que, además se eleva a la categoría o al rango de un principio general del Derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones*”. Podemos identificar la buena fe contenida en el artículo 7.1 con el segundo de los casos.

aplicar la idea de buena fe a las múltiples situaciones, dispares entre sí, en las que tiene cabida este principio. En palabras del MIQUEL<sup>1472</sup>, *“el artículo 7 entendido como una autorización para la búsqueda de fundamentaciones de las decisiones judiciales en valores como la honestidad, fidelidad y protección a la confianza suscitada por la otra parte, permite al juez la realización de los mismos pero le exige una labor de concreción para la que el legislador no le presta ayuda en el mismo artículo 7.1”*.

Efectivamente, las menciones a la buena fe del artículo 7 Cc están presentes de forma reiterada en la jurisprudencia, que entiende que *“consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora”*. Incluso se recalca su naturaleza de buena fe objetiva y lo vincula con el ámbito contractual disponiendo que *“ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos”* (STS de 22 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1217]).

*“[...] [L]a buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código [...]”* (STS de 19 de enero de 2005 [RJ\2005\518])<sup>1473</sup>

Pero el precepto que nos ocupa no figura (en general) de forma solitaria en las argumentaciones de los tribunales en sede de contratos, sino casi siempre relacionado con otros preceptos que también recogen la noción de la buena fe en su vertiente objetiva. Uno de los que será elemento clave de este trabajo por su mayor concreción es el ya apuntado art. 1258 Cc, asiento de la buena fe como fuente de integración del contrato. Pero también fuera del Código civil tiene su espacio la buena fe del art. 7.1, como es el caso, por ejemplo, de la Ley de Competencia Desleal, cuyo mandato contenido en el art. 5, cuando reputa

<sup>1472</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 7.1...”, op. cit., p. 39.

<sup>1473</sup> En el mismo sentido, entre otras, vide SSTs de 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906], de 9 de octubre de 1993 [RJ\1993\8174], de 8 de junio de 1994 [RJ\1994\4905], de 26 de octubre de 1995 [RJ\1995\8349], 13 de abril de 2004 [RJ\2004\2619], de 22 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1217], de 17 de septiembre de 2010 [RJ\2010\8865]. Recordemos, no obstante, lo dicho al hilo del análisis del Derecho de la competencia (Segunda parte. Capítulo I) acerca de que no se debe interpretar esta buena fe objetiva en una clave excesivamente civilista.

desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, no es sino una derivación de este principio general positivizado: “*La referencia a la buena fe que se contiene en el artículo 5 de la Ley 3/1991 viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que se encuentra acogida en el artículo 7.1 del Código civil como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos [...]*” (STS de 15 de octubre de 2001 [RJ\2001\9441])<sup>1474</sup>.

Debido a la generalidad del artículo 7.1 Cc no extraña, por tanto, que esta disposición sea citada al hilo de múltiples y variados supuestos aunque no observamos, sin embargo, resoluciones en las que la buena fe del artículo 7.1 Cc haya sido mecanismo -por sí mismo- para declarar la nulidad de una cláusula, lo que no sorprende a la vista de lo expuesto en párrafos anteriores: parece claro que un precepto tan impreciso, formulación de un principio general, con un ámbito de aplicación tan extenso, con un supuesto de hecho vagamente definido y enfocado hacia el ejercicio de los derechos, difícilmente puede ser el punto central en el que apoyar un control de contenido en materia contractual<sup>1475</sup>.

## II. LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL

El art. 1258 Cc dispone que los contratos obligan “*no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. El contenido de un contrato, se nos dice, es más amplio de lo que pueda parecer a la vista del clausulado expresamente pactado. El art. 1258 Cc contiene, así, una norma de integración del negocio jurídico y cita, como una de las fuentes externas a la voluntad contractual, la buena fe, buena fe que, como en el caso anterior, hay que entenderla en su faceta objetiva<sup>1476</sup>.

<sup>1474</sup> Señalan esta vinculación, entre otras, también SSTs de 19 de abril de 2002 [RJ\2002\3306], de 24 de noviembre de 2006 [RJ\2007\262], de 8 de octubre de 2007 [RJ\2007\6805].

<sup>1475</sup> Es más, DÍEZ-PICAZO, L., “Erosiones en el contractualismo y abuso de las cláusulas abusivas (Comentario de la STS de 8 de abril de 2011)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fasc. IV, p. 1872, llega a señalar que tanto la buena fe del art. 7 Cc como el abuso de derecho son límites del ejercicio de los derechos subjetivos y significan que los derechos subjetivos ya adquiridos no pueden ejercitarse en forma que sea contraria con los módulos establecidos y “*por consiguiente*”, concluye, “*no hay nada en el artículo 7 Cc que resulte aplicable a la contratación*”.

<sup>1476</sup> Sin perjuicio de que después profundicemos en la buena fe como criterio de integración, dejamos aquí citados algunos comentarios sobre el art. 1258 Cc y la buena fe: ROCA GUILLAMÓN, J., “Comentario al artículo 1258...”, op. cit., pp. 447 y ss.; ALMAGRO NOSETTE, J., “Comentario al artículo 1258”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 517 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Comentario al artículo 1258”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1482 – 1485; GARCÍA RUBIO, M. P., “Comentario al artículo 1258”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 1374 – 1375.

Por su parte, el art. 57 Ccom obliga, en el ámbito de los “*contratos de comercio*”, a su ejecución y cumplimiento “*de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones*”.

Aunque en alguna ocasión se ha señalado como precepto equivalente al art. 1258 Cc<sup>1477</sup>, también se ha puesto de manifiesto, en sentido contrario, que en él la buena fe tiene un ámbito limitado al cumplimiento y ejecución de los contratos y no a su integración<sup>1478</sup>. De ahí que, en cualquier caso, se recurra al art. 1258 Cc para la integración también de estos contratos, por vía de la remisión del art. 50 Ccom<sup>1479</sup>.

A pesar del carácter genérico del precepto o, quizás, como consecuencia, las menciones a la buena fe del artículo 1258 Cc se encuentran de forma abundante en la jurisprudencia y cumpliendo, además, diversas funciones de las que mencionaremos algunas<sup>1480</sup>. Comenzaremos con la buena fe en su faceta hermenéutica –mera interpretación de la voluntad común de las partes- **(1)**, para seguir con la integradora –imposición a las partes, en su caso, de deberes más allá de los pactados e incluso contra su voluntad- **(2)**<sup>1481</sup>. Desde allí, se planteará la posibilidad de dar un paso más y recurrir a la buena fe como criterio de

<sup>1477</sup> GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I...*, op. cit., p. 190; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 384 (aunque, como se señala en la nota a pie siguiente, este autor matiza su postura con posterioridad); VILA FLORENSA, P., “Comentario al artículo 57”, en SALA REIXACHS, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 502 – 503.

<sup>1478</sup> DE LOS MOZOS, J.L., “El principio de la buena fe...”, op. cit., p. 137; GARCÍA AMIGO, M., Consideraciones a la buena fe contractual, *Actualidad Civil*, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, p. 6. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La función de los usos en el Código de comercio (Notas para una reinterpretación del art. 2 C. de c.)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio – septiembre 1992, p. 422, modifica su posición sobre la equiparación entre ambos artículos, pasando a entender que no es correcta, al menos en lo que se refiere a las fuentes de integración del contrato: la buena fe a la que se refiere es la buena fe *in executivis*, no en su función de integración; los usos son interpretativos, es decir, en el sentido del art. 1287.1 Cc; no hay referencia al Derecho dispositivo mercantil. Este autor propone entender que el precepto equivalente en el Código de comercio al 1258 Cc no es el 57 sino el art. 2 Ccom. La función principal de este artículo no sería la de regular las fuentes del Derecho mercantil sino la de “especializar” la prelación de fuentes de éste, haciendo prevalecer los usos, tan importantes en el tráfico mercantil, sobre el Derecho dispositivo.

<sup>1479</sup> Art. 50 Ccom.: “*Los contratos mercantiles se regirán, en lo que se halle expresamente establecido en el Código de comercio o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común*”.

<sup>1480</sup> ECKL, C., Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general, en ESPIAU ESPIAU, S.; VAQUER ALOY, A. (ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 51, enumera una serie de funciones que desempeña la buena fe en el Derecho contractual: directiva para la interpretación del contrato; origen de varios tipos de obligaciones accesorias; estándar para la valoración de cláusulas contractuales (incluso las cláusulas generales de contratación); rechazo del abuso de derecho; liberación del deudor en los casos de excesiva onerosidad y cláusula *rebus sic stantibus*; instrumento supletorio para flexibilizar las disposiciones legales con trascendencia para el Derecho contractual.

<sup>1481</sup> Puntualizamos que en la recopilación jurisprudencial de la buena fe como criterio de interpretación e integración se han incluido algunas sentencias referentes a consumidores que pueden ser de interés para poder ilustrar bien la situación.

imposición negativo en condiciones generales de la contratación respecto de aquellos contenidos “pactados” por las partes y que sean contrarios a este principio general del Derecho (**Capítulo II**).

### 1. Como criterio de interpretación

Sin perjuicio de la función integradora que literalmente se deriva del artículo 1.258 Cc y que nos ocupará el próximo apartado, la buena fe de este precepto ha cumplido de forma frecuente para la jurisprudencia una función de interpretación. El hecho de que la buena fe sea un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico hace que en la tarea de dar sentido a las declaraciones de las partes intervinientes en un contrato haya que tener en cuenta la exigencia de un comportamiento según “*las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida*” (por todas, STS de 21 de noviembre de 2003 [RJ\1090\2003])<sup>1482</sup>.

Así las cosas, no sorprende que la buena fe sea citada como uno de los principios rectores de la interpretación del contrato, en clara relación con “*las ideas de confianza y de autorresponsabilidad*”<sup>1483</sup>, a pesar de no estar incluida dentro de los criterios recogidos en los artículos 1.281 a 1.289 Cc. Efectivamente, no se encuentra una mención expresa a esta regla en los artículos dedicados a la interpretación -como sí que ocurre en el caso de los usos, fuente de integración en el precepto que nos ocupa y, a la vez, pauta para la interpretación de los contratos, tal y como reza el artículo 1.287 Cc- pero es innegable que buena parte de las reglas de interpretación están inspiradas en el principio de buena fe<sup>1484</sup>. Un ejemplo claro de ello sería el artículo 1.288 y su criterio de interpretación *contra proferentem*, ampliamente utilizado por la jurisprudencia precisamente en el ámbito de los contratos de adhesión y sobre el que hemos tenido ocasión de pronunciarnos.

<sup>1482</sup> Aunque no hace referencia expresa al artículo 1.258 pero sí a la buena fe objetiva, la STS de 22 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1217] es un ejemplo de la importancia que este principio tiene en sede de interpretación al afirmar que “*junto a las reglas de interpretación que ofrece la parte recurrente, la sentencia impugnada tiene en cuenta las exigencias de la buena fe, que constituye un principio que el Código Civil reitera en los preceptos que hacen referencia a la interpretación de los contratos*”.

<sup>1483</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., pp. 499 – 500; ROJO AJURIA, L., Voz “Interpretación de los contratos (Dº Civil)”, en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3694.

<sup>1484</sup> LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)”, *RDP*, enero – diciembre 1980, p. 68.

Además de constatar su presencia en la argumentación de los Tribunales<sup>1485</sup>, son dos los aspectos que debemos señalar. Por una parte, matizar el papel de la buena fe en su faceta interpretativa. Por otra, apuntar la relación entre la interpretación y la función integradora – rol principal, el de la creación de deberes accesorios, de la buena fe del art. 1.258-.

En cuanto a la primera cuestión, LACRUZ<sup>1486</sup> alude a un triple aspecto de la buena fe en relación con la interpretación del contrato: buena fe como lealtad y corrección que el intérprete debe suponer en el contratante, buena fe como desenvolvimiento leal que objetivamente debe darse mediante la interpretación a las relaciones contractuales y, por último, buena fe como protección a la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración e imposición de la correspondiente responsabilidad al declarante. Debe

---

<sup>1485</sup> Deriva el Tribunal Supremo consecuencias de la función interpretativa de la buena fe del artículo 1.258 en su Sentencia de 3 de noviembre de 2010 [RJ\2010\8017]. Se trata de un contrato de opción de compra sobre una vivienda en construcción en el que se estipula que, pasado el plazo establecido para la opción –ciento ochenta días naturales y posibles prórrogas de treinta días a petición del optante-, el mismo quedará extinguido por el solo transcurso del tiempo, quedándose en poder del vendedor el dinero entregado en el momento de la firma de la opción; perdiéndolo, por el contrario, si el contrato se resuelve por causas expresamente imputables al vendedor. Ante la petición de resolución del optante, tres años después desde la fecha prevista para la entrega de la vivienda construida por parte del promotor y sin haber sido iniciada siquiera la construcción, la parte concedente y la mandataria de la misma alegan extinción del derecho de opción por transcurso del plazo establecido en el contrato. Corrobora el Tribunal el fallo de la Audiencia declarando procedente la resolución del contrato pues “no sólo la Audiencia ha interpretado correctamente el contrato en cuestión sino que además lo ha hecho teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil sobre las consecuencias derivadas de la buena fe contractual, evitando la consecuencia pretendida por la parte ahora recurrente en el sentido de desvincularse absolutamente de las obligaciones del promotor de la edificación sobre la que concedió la opción a efectos de, negando cualquier incumplimiento por su parte, retener la cantidad inicial entregada por la opción de compra de una vivienda que tres años y medio después del otorgamiento de la opción y más de dos años después de la fecha límite para la finalización de su construcción, apenas se había iniciado y, al parecer, se encontraba paralizada”. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008 [RJ\2009\13] se interpreta la voluntad de las partes al amparo de, entre otros criterios, la buena fe a la que se refiere el artículo comentado. Al hilo de una promesa bilateral de compraventa de una finca y la obligación por parte del vendedor de entregar la posesión inmediata del inmueble aun cuando el comprador conociera la situación ocupacional en el momento del contrato y respecto de la sentencia recurrida en casación -que es confirmada-, el Tribunal apunta que “los criterios de la buena fe, en los términos del artículo 1.258 del Código Civil, los aplica la sentencia como simple refuerzo interpretativo de la voluntad de ambas partes de comprar y vender la finca libre de ocupantes distinguiendo claramente entre el conocimiento que tenían a la fecha del contrato de promesa bilateral de compraventa de la situación de ocupación de los apartamentos y la obligación de entrega libre de terceros en el momento en que fuera otorgado el contrato, para facilitar de esa forma el destino que convenga a los intereses del comprador”. Del mismo modo, la jurisprudencia menor también hace alusión a la buena fe del artículo 1.258 como criterio “que debe presidir todo contrato”, tal y como afirma, entre otras, la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 10 de mayo de 2011 [JUR\2011\214539], al hilo de un contrato de compraventa de vivienda en el que, ante la falta de entrega de dicha vivienda, se pacta la prórroga en el pago del precio: este aplazamiento en el precio no implica una prórroga del plazo de entrega, interpretación que sería contraria, según el órgano jurisdiccional, al artículo 1.256 y a la buena fe del artículo 1.258, “colocando al promotor en una posición prevalente sobre el comprador sin más justificación que la propia desidia o mal cálculo de la promotora en la ejecución de las obras en la urbanización en la que se integra la vivienda adquirida”. Vide, también, SSTs de 26 de mayo de 1986 [RJ\1986\2823], de 27 de mayo de 2003 [RJ\2003\3931] y de 26 de noviembre de 2012 [RJ\2012\11210].

<sup>1486</sup> LACRUZ, J.L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (et al.), *Elementos...*, op. cit., p. 503.

advertirse que en ninguno de los tres aspectos el propósito es realmente averiguar la voluntad de los contratantes, lo que lo convierte en un criterio objetivo.

Ciertamente, aunque la interpretación haya de buscar la voluntad común a una y otra parte, también hay reglas hermenéuticas que pretenden, en cambio, atribuir a las cláusulas un sentido, no derivado de la intención de los contratantes sino obtenido a través de criterios objetivos teniendo en cuenta el significado normal y usual de sus declaraciones. Nos referimos a la denominada interpretación objetiva que, según la doctrina, está recogida en los artículos 1.284 a 1.289 Cc, por contraposición a la subjetiva que preconizan los artículos 1.282 a 1.283 del mismo texto<sup>1487</sup>. Así conceptuada, la buena fe sería un criterio de interpretación objetivo, tal y como subrayó DE CASTRO al afirmar que *“el recurso a la buena fe no es instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación, en sentido estricto), sino una manifestación y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial”*.

La cuestión de fondo que subyace es que la buena fe del artículo 1.258 no tiene un carácter meramente interpretativo. Salvo alguna opinión inicial y que se debe considerar ya superada<sup>1488</sup>, así lo ha defendido la doctrina. DÍEZ-PICAZO<sup>1489</sup> calificó en su momento como errónea la afirmación de que la buena fe constituyera únicamente un criterio de interpretación de los contratos y que, por consiguiente, para ser aplicada fuera necesario un punto de apoyo en la voluntad de las partes. Para este autor, *“la buena fe, como standard o modelo de conducta, no necesita reconducirse a la voluntad de las partes, pues ello entrañaría conceder eficacia a la voluntad de no comportarse conforme a la buena fe”*.

---

<sup>1487</sup> Acerca de los criterios que deben presidir la interpretación, las dos tendencias que tradicionalmente enfrentadas son recogidas por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 718 y ss.: la clásica, subjetivista o de la autonomía de la voluntad, según la cual la interpretación debe consistir en investigar la común intención de las partes; la moderna u objetivista, en virtud de la cual el juez debe inspirarse no en esa supuesta común intención de las partes, que generalmente no existe, sino en el significado normal y usual de sus declaraciones de voluntad. También, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 497, quien hace referencia a los dos tipos de interpretación y asocia los artículos del Código Civil dedicados a la interpretación en los dos grupos citados (*“En nuestro Código Civil, los artículos 1.282 – 1.283 preconizan una interpretación subjetiva, mientras que los artículos 1.284 – 1.289 se enderezan a una interpretación objetiva”*) y ROJO AJURIA, L., Voz “Interpretación”..., op. cit., p. 3693.

<sup>1488</sup> CANO MATA, A., “La interpretación de los contratos civiles,” *Anuario de Derecho Civil*, 1971, tomo XXIV, pp. 193 – 206. El autor concluye que, tanto en los artículos 1.281 a 1.289 como en el 1.258, *“resalta, de forma indubitada, el triunfo de la intención sobre las palabras, y no podía ser de otra forma, pues negar este principio equivaldría a negar la voluntad de los contratantes”*. La misma opinión se deduce de su equiparación entre el contenido del artículo 1.286 y el 1.258: *“Puede, además, defenderse la afirmación de que el artículo 1.286 reproduce –con distintas palabras y de forma menos precisa– el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal”*.

<sup>1489</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, Madrid, 1979, p. 388.

Tampoco para ROCA GUILLAMÓN<sup>1490</sup> el artículo 1.258 puede ser considerado como una norma de carácter simplemente interpretativo puesto que los efectos se generan con independencia de la voluntad de las partes, sin que puedan ser excluidos por las mismas y sin que quepa, por lo tanto, hablar de una labor de reconstrucción de la voluntad no expresada claramente u omitida.

De hecho, como sabemos, en el referido precepto es donde residen las directrices para una operación jurídica relacionada con la interpretación pero diferenciada y de mayor calado, como es la integración del contrato, siendo una de esas directrices la buena fe.

## 2. Como fuente de integración

Aun en el caso de que el tenor de las cláusulas de un contrato no deje lugar a dudas, pueden darse supuestos en los que el negocio esté o devenga “inacabado”. Por una parte, por la normal ausencia de previsión minuciosa por las partes de las consecuencias que se pueden derivar del contrato que las vincula. Por otra, porque una o más cláusulas o parte de ellas puedan ser declaradas nulas por un órgano judicial pero subsistir el resto del negocio jurídico. Ante esta naturaleza incompleta del mismo, ya sea previa o sobrevenida, tiene cabida la figura de la integración, dirigida a resolver las dificultades planteadas por la falta de voluntad respecto de un problema concreto<sup>1491</sup>.

De esta suerte, en relación al segundo de los supuestos, es frecuente la invocación de la buena fe del artículo 1.258 en su papel integrador como consecuencia de una previa declaración de nulidad parcial que conlleva la necesidad de integrar el contrato subsistente. Es más, no puede ser de otra manera cuando existen remisiones legales expresas a este artículo fuera del Código Civil, como el 10.2 LCGC, que obliga a la integración de la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por este precepto del Código civil, o el artículo 9.1 LMOC. Pero incluso en ausencia de estas remisiones y dado el carácter de precepto de Derecho común del artículo 1.258, el operador

---

<sup>1490</sup> ROCA GUILLAMÓN, J., “Comentario al artículo 1258...”, op. cit., p. 426.

<sup>1491</sup> Acerca de la integración, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Voz “Integración contractual (Dº Civil)”, en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3636 – 3642; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral...*, op. cit., p. 722; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., pp. 63 y ss.; LACRUZ, J.L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (et al.), *Elementos...*, op. cit., pp. 499 y ss.



jurídico tendría que recurrir al criterio de la integración contractual conforme al principio general de la buena fe objetiva en el contenido<sup>1492</sup>.

Ahora bien, no es necesario que concurra ninguna de las dos situaciones anteriormente citadas (falta de previsión de las partes, nulidad parcial) y que exista una laguna contractual para la aplicación del artículo 1.258. Ante un contrato existente, el contenido del mismo se compone, en todo caso, tanto de lo expresamente pactado cuanto de las consecuencias derivadas de las fuentes heterónomas de integración del contrato<sup>1493</sup>. Esta proyección de la buena fe –como fuente de integración que es– implicaría, en palabras de DÍEZ-PICAZO<sup>1494</sup>, el nacimiento de una serie de deberes especiales de conducta e incluso una ampliación de los deberes que han asumido las partes expresamente.

También el Tribunal Supremo ha reconocido esta faceta integradora de la buena fe contenida en el artículo 1.258 que, “*en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato*

<sup>1492</sup> Es de señalar que el artículo 83.2 TRLGDCU que, en el mismo sentido, disponía que “*la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de la buena fe objetiva*” se vio afectado por el art. Único 27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por el que se suprimía esta facultad de modificación del Juez. La norma se dictó en cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (Cajo Banco Español de Crédito, TJCE 2012\143), que declaraba incorrectamente adaptado el Derecho interno a la normativa comunitaria al atribuir al juez nacional la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad, como hemos visto, con arreglo al art. 1258 Cc y el principio de buena fe objetiva. Suprimida esta posibilidad, el Juez tan solo puede limitarse a dejar sin aplicación frente al consumidor la cláusula abusiva (“*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”, reza el art. 83 actualmente). Esto se ha interpretado como la imposibilidad de moderar las cláusulas pero no de recurrir a las fuentes de integración previstas legalmente.

Sin perjuicio de esto y junto con los otros artículos mencionados, también el 65 TRLGDCU incorpora una mención a la buena fe en su vertiente de criterio de integración del contrato pero al amparo del principio constitucional de protección del consumidor: “*los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de la buena fe objetiva...*”. En este caso, sin embargo, el legislador se está refiriendo a la integración, no en el caso de nulidad parcial, sino en el de la inclusión de obligaciones al margen de las “pactadas” por las partes, cuestión de la que nos ocuparemos a continuación. Acerca de la aparente disparidad de criterios en las tres normas citadas –sólo artículo 1258 (artículo 10.2 LCGC), artículo 1258 y buena fe objetiva (antiguo artículo 83.2 TRLGDCU), sólo buena fe objetiva (artículo 65 del mismo texto)– ver CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al artículo 65”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 580.

<sup>1493</sup> LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato...”, op. cit., p. 73. LACRUZ, en el mismo sentido, subraya que el contrato, en su aspecto efectual, no es “*el mero acuerdo de voluntades que describe, en cuanto acto creador de obligaciones, el artículo 1.254, sino el complejo de normas de diversas procedencias que van a regular la conducta de las partes vinculadas por aquel acuerdo*”. La integración trataría de completar, así, “*no las palabras de los contratantes, sino el conjunto mixto de lex privata y lex publica por el que se gobierna cada contrato singular*”. Este autor distingue entre la autointegración, mediante la que los vacíos producidos por la carencia de regulación privada pueden llenarse en virtud de la fuerza expansiva de la propia regulación, y la heterointegración, objeto del precepto comentado y que implica la intervención de otros criterios externos (LACRUZ, J.L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (et al.), *Elementos...*, op. cit., p. 500).

<sup>1494</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 63.

*cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento*”<sup>1495</sup>, si bien también teniendo en cuenta que “*el carácter genérico del artículo 1.258 ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y en cada supuesto contiene el Código Civil y que la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir, que la expansión de los deberes al amparo del artículo 1.258 debe ser lo más restringida posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del 1.283, según el cual en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos cosas distintas en casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar*”<sup>1496</sup>. Sobre esta visión restrictiva del papel integrador del artículo 1.258 y, en concreto, de la buena fe, volveremos más adelante aunque dejamos aquí apuntado que este argumento restrictivo pierde fuerza, a nuestro juicio, cuando se trata de condiciones generales, pues no existe como tal una voluntad común o un pacto real sobre los intereses de ambas partes.

Siguiendo con el papel doctrinal de los Tribunales, son abundantes los ejemplos jurisprudenciales en los que la buena fe del artículo 1.258 ha sido fundamento para el reconocimiento de determinados deberes accesorios de cumplimiento obligado para las partes, que se integran en el contenido del contrato con independencia de que hayan manifestado su voluntad expresamente en este sentido e, incluso, imponiéndose a la misma<sup>1497</sup>. Tan amplio repertorio jurisprudencial demuestra la importancia de la función

---

<sup>1495</sup> Vide SSTs de 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906] y de 17 de febrero de 1996 [RJ\1996\1408]; SAP de Cádiz de 19 de enero de 2007 [JUR\2007\158260]; SAP de Valencia de 29 de abril de 2008 [JUR\2009\264850]; SAP Madrid de 11 de marzo de 2010 [JUR\2010\207944]; SAP Castellón de 23 de noviembre de 2010 [JUR\2011\79622].

<sup>1496</sup> En la STS de 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906] se utiliza este argumento para entender que no existe una obligación por parte del constructor de entregar a los usuarios de los pisos construidos parte del solar no edificado puesto que no se expresa en el contrato ni tiene el carácter legal de accesorio del edificio. De la misma manera, este órgano jurisdiccional en su sentencia de 23 de marzo de 2007 [RJ\2007\2349], resuelve en contra de la existencia de una obligación contractual del vendedor de un negocio dedicado al comercio al por menor de papelería y artes gráficas de facilitar la licencia administrativa para la actividad de las artes gráficas. En las cláusulas del contrato expresamente se había desvinculado a la parte vendedora de este requisito administrativo ya que el objeto de la venta era la actividad empresarial en sí misma, cualquiera que fuera el local en el que se desempeñara a partir de la fecha del contrato. Aduce el Tribunal Supremo que “[...] *la obligación de facilitar la licencia no formaba parte del conjunto de obligaciones asumidas en virtud del contrato por la parte vendedora es algo que, partiendo de lo expresamente pactado, ni tan siquiera puede resultar controvertido acudiendo, como pretende el recurrente, al alcance del art. 1.258 del Código Civil*”. Relaciona o deduce de la buena fe del art. 1258 Cc la existencia y exigibilidad de deberes contractuales no pactados CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección...*, op. cit. (apuntando una clasificación de deberes de protección en determinados contratos, pp. 299 y ss.)

<sup>1497</sup> Ilustra esta afirmación el caso de una compraventa de pisos, en la que los correspondientes garajes no cumplen los requisitos necesarios para la obtención de la licencia de actividad. El Tribunal Supremo, en su

Sentencia de 14 de octubre de 1991 [RJ\1991\6918], sitúa la obligación de entrega en el marco más amplio de las exigencias que dimanar de la contratación en general y, por ello, acude al artículo 1.258 del Código Civil. En el mismo sentido, la SAP Cádiz de 19 de enero de 2007 [JUR\2007\158260] entiende que la obligación de entrega de una finca incluye la licencia de primera ocupación, necesaria para contratar servicios tan esenciales como el agua y la luz, indispensables para servir a la utilidad propuesta de casa-habitación y sede de la vida doméstica de sus vocacionales moradores, solución equivalente a la que llega la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 11 de marzo de 2010 [JUR\2010\207944] ante un supuesto de hecho similar.

A los deberes accesorios fundamentados en el artículo 1.258 del Código Civil también hace referencia el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de febrero de 1996 [RJ\1996\1408]: en el caso de un contrato de compraventa en el que las partes pactan que el comprador haría efectiva una cantidad al cerramiento de la obra de albañilería, *“entra dentro de las obligaciones que para el vendedor se derivan del contrato, de acuerdo con el artículo 1.258 del Código Civil, el de comunicar al comprador el momento en que se ha producido tal cierre del edificio”*. Del mismo modo, respecto de un contrato de compraventa de vivienda antigua para proceder a su rehabilitación, construcción de pisos, división horizontal y venta de los mismos, entiende el Tribunal implícitamente incluida dentro de las obligaciones del vendedor la de inscribir su dominio para facilitar a los compradores el ejercicio de su derecho, cual sería la inscripción de la compra y la posterior obtención de créditos hipotecarios facilitadores del pago del precio convenido (STS de 15 de noviembre de 2006 [RJ\2006\8056]).

Junto con estos supuestos enunciados, el artículo 1258 ha sido fundamento para determinar otros deberes accesorios, como el de información, vinculado con la necesidad de proteger las legítimas expectativas, confianza, o representación que sobre el fin del contrato se forja en la otra parte. Es el caso de la SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 2000 [JUR\2001\52880], sancionando la falta de información por parte de la entidad bancaria de que el producto de seguro gratuito asociado a una “cuenta de interés profesional” necesitaba de una suscripción aparte mediante el oportuno boletín de adhesión; el caso de la SAP de Valencia de 29 de abril de 2008 [JUR\2009\264850], según la cual correspondía a la buena fe de la constructora de una piscina, en el marco del artículo 1258, el deber de informar de que el terreno donde se quería instalar no iba a soportar las obras ejecutadas o el caso de la SAP de Málaga de 7 de mayo de 2009 [JUR\2009\372108], que entiende incluidas en un contrato de mediación o corretaje como obligaciones accesorias para el agente, además del deber de información, los de discreción, lealtad y rendición de cuentas.

También el artículo 1.258 permitió integrar en un contrato de compraventa mercantil de productos fitosanitarios la obligación de asesoramiento para su utilización sin que pudiera ésta ser considerada objeto de un contrato adicional de arrendamiento de servicios sino que, dada la especialización de la vendedora y los conocimientos concretos de los productos y su aplicación, se trata de *“una consecuencia exigible dentro de esta compraventa específica (se confiere un criterio profesional que se entiende como el adecuado y que se exige al pedir el producto en atención a combatir la epidemia concreta de que se trata) y que deriva del artículo 1.258 del Código Civil como propia de la naturaleza del contrato, en cuanto es adecuada a la buena fe y al uso”* (STS de 25 de mayo de 2005 [RJ\2005\4088]). En el supuesto de hecho se producen daños y perjuicios como consecuencia del tratamiento indebido aconsejado por la vendedora, que fijaba en los albaranes las dosis a aplicar a la enfermedad de la producción vegetal (roya de la alubia verde, en sus vainas) y proporcionaba un perito o persona entendida para su aplicación. Al ser una obligación incluida dentro del propio contrato de compraventa y no ser objeto de un contrato de arrendamiento de servicios no pactado, la parte vendedora debe responder de los daños causados.

En el caso de la SAP Castellón de 23 de noviembre de 2010 [JUR\2011\79622], el precepto comentado es base para integrar en un contrato de compraventa la cuestión relativa a la subrogación del nuevo adquirente en la constitución del aval bancario necesario para garantizar los gastos de urbanización concluyendo que, aunque no estuviera incorporada literalmente en el clausulado del contrato, es una obligación ínsita en la condición de propietario de las fincas transmitidas.

Por otra parte, es obligado por su repercusión traer a colación la relación de la buena fe en su vertiente integradora con el contrato de aparcamiento de vehículos. La STS de 22 de octubre de 1996 [RJ\1996\7238] tuvo una gran relevancia en una de las cuestiones más debatidas por la doctrina al hilo de este contrato: la obligación de custodia del titular del aparcamiento. Según el órgano jurisdiccional, la legítima expectativa del usuario de recuperar su coche cuando decide recogerlo no es algo ajeno al contrato derivando de la buena fe del artículo 1258 una obligación de custodia y guarda del vehículo. Sentencia comentada por ESPIAU ESPIAU, S.; MULLERTA BALMAÑA, R., “Relaciones contractuales de hecho y contratos de adhesión: Notas para el estudio del contrato de aparcamiento público”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 80, mes 11, 1996, p. 787. De hecho, en el año 2002 se aprueba y promulga la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos y con un criterio que responde a esta línea jurisprudencial precedente. La propia definición del tipo contractual hace ya referencia expresa a la obligación de custodia al disponer que mediante este contrato *“una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de prestación del servicio”* (artículo 1). Acerca de la Ley del contrato

integradora de la buena fe incluida en el artículo 1.258 Cc, no sólo en lo que pudiera considerarse su papel más directo, como puede ser completar una laguna contractual consecuencia de una nulidad parcial, sino también en su labor de imponer reglas de conducta objetivas adicionales a las pactadas y a las cuales no pueden sustraerse los contratantes.

Pues bien, si, como hemos visto, a la buena fe se ha recurrido para darle un sentido a la voluntad de las partes cuando ésta es ambigua (interpretación), para deducir una solución no prevista expresamente por las partes pero que puede ser inferida de su voluntad (interpretación integrativa) y, especialmente en lo que a nosotros nos interesa, para incluir deberes con independencia de la voluntad de los contratantes –y, repetimos, incluso en su contra- (integración), avanzamos un paso más y nos planteamos ahora una nueva vertiente de este criterio: la buena fe y su posible función como control de contenido.

---

de aparcamiento de vehículos, por todos, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. IV, pp. 347 y ss. En el mismo sentido, SSAP Madrid de 5 de febrero de 2000 [AC\2000\850], de 2 de marzo de 2004 [JUR\2004\249590], SAP Vizcaya de 5 de marzo de 2009 [JUR\2009\322674], SAP Cuenca de 1 de septiembre de 2009 [JUR\2009\390243], SAP A Coruña de 26 de octubre de 2011 [JUR\2011\391755]. Tomando la primera, se repiten los mismos argumentos que diera el Tribunal Supremo y, tras teorizar acerca del carácter combinado de la figura, en la que se entremezclan derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento de cosas y del contrato de depósito, se afirma que no es necesaria “*la existencia de un pacto explícito para que surja la obligación de vigilancia por parte del “arrendador”, ya que va implícito en el servicio que ofrece el aparcamiento y no tiene carácter accesorio, artículo 1097 Cc, sino como consecuencia lógica e íntimamente unida a la buena fe y al uso, artículo 1258 CC, por ello que lo que el propietario o concesionario del parking ofrece al usuario no es simplemente un estacionamiento sino un servicio organizado que implica la responsabilidad del titular de la organización por su funcionamiento deficiente o anormal*”.

Esta idea de la integración del contrato mediante el recurso a la buena fe y al artículo 1258 se ha utilizado también en un contrato paralelo al de aparcamiento, el de amarre, conociendo de los daños causados en una embarcación estacionada en su amarre. Las SAP Girona de 8 de julio de 2009 [JUR\2009\431315] y SAP Valencia de 30 de diciembre de 2009 [JUR\2010\150362] son ejemplos de este supuesto en el que un deber, en este caso de nuevo el de custodia, conforma un elemento normal del contrato *ex* artículo 1.258 del Código civil y con independencia de la voluntad de las partes.

**CAPÍTULO II****LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1.258 CC COMO REGLA DE CONTROL DE CONTENIDO****I. POSIBILIDAD DE RECURRIR A LA BUENA FE DEL ART. 1258 CC PARA ARTICULAR EL CONTROL DE CONTENIDO**

Hasta aquí, repetimos, hemos visto cómo a la buena fe contenida en el artículo 1.258 Cc se le atribuyen funciones de interpretación y de integración, teniendo gran relevancia para nosotros, dentro de estas últimas, la posibilidad de imponer a las partes ciertos deberes accesorios con independencia de que hubieran sido pactados expresamente o, incluso, en contra de la voluntad de las partes.

Partiendo de esta idea, se ha propugnado la posibilidad de dar un paso más: de igual modo que se pueden imponer deberes a las partes al margen de su voluntad si se consideran preceptivos de acuerdo con la buena fe, tiene sentido que también se pudiera poner en duda la validez de aquellos “pactos” de las partes que contravinieran este principio. Así lo expone MIQUEL<sup>1498</sup>, que encabeza el sector doctrinal que defiende la posibilidad de un control de contenido negativo respecto de los contratos con condiciones generales entre empresarios con apoyo en el artículo 1.258 Cc:

*“Este precepto tiene una clara función integradora del contenido contractual. La buena fe aquí impone contenidos contractuales no pactados expresamente. No se trata de una interpretación de la voluntad, ni solamente de una reconstrucción conforme a una hipótesis sobre esa voluntad que no ha sido expresada, sino de normas objetivas que incluso se imponen a la voluntad de una de las partes [...]. Esta concepción de la integración contractual presenta estrecho parentesco con la función de control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe de los*

<sup>1498</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 82...”, op. cit., pp. 736 – 737. Con anterioridad, “Comentario al artículo 8...”, op. cit., pp. 463 y ss.

También a favor de la protección de los empresarios frente a cláusulas que sean “abusivas” a través del artículo 1.258 Cc, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 217 – 219, quien afirma que “entre todas las normas del Derecho privado, el artículo 1.258 es el que mejor puede ofrecer una protección a los empresarios frente a cláusulas que sean abusivas, puesto que permite que la buena fe opere como límite, para después sancionar, corregir e integrar la cláusula que es contraria a la buena fe. La buena fe ex artículo 1.258 puede cumplir la misma función que la buena fe del artículo 82.1 LGDCU. Es tan cláusula general como ésta”.

*arts. 80 y 82. No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes (el predisponente)”.*

Suscribimos por completo la idea de MIQUEL que hemos dejado aquí apuntada. Trataremos de exponer en las siguientes líneas los argumentos que nos han conducido a esa postura en el ámbito de la contratación mediante condiciones generales. Se incidirá en la idea desarrollada en el Capítulo I acerca del déficit de autonomía de la voluntad que caracteriza a este tipo de contratación **(1)** y se resaltarán las propiedades particulares del concepto de buena fe del art. 1258 Cc –imperatividad, versatilidad, mecanismo de adaptación- para configurarse como una cláusula general de control **(2)**. Por último, se razonarán las posibilidades de recurrir a esta figura más allá de su estricta función de integración, sin perder de vista la práctica jurisprudencial **(3)**. Una vez argumentado esto, intentaremos dotar de contenido a la buena fe del art. 1258 Cc como mecanismo de control, ya en el siguiente epígrafe.

#### **1. Superación de la máxima *pacta sunt servanda* como noción “intocable” en condiciones generales de la contratación**

El primer obstáculo que se podría aducir contra esta teoría es la vulneración del principio de la autonomía de la voluntad: dejar sin validez algo que las partes contratantes han pactado expresamente, sería ir contra la autonomía privada de las mismas. No podemos olvidar los presupuestos sobre los que se basa la concepción moderna del contrato en la que el acuerdo de voluntades es la piedra angular y en la que, por tanto, se considera cualquier limitación a la libertad de contratación como un atentado contra la libertad de la persona<sup>1499</sup>.

No en vano, no sólo el artículo 1.258 y sus criterios no aparecen configurados en el Código Civil como un límite expreso a la autonomía de la voluntad –como sí que es el 1.255-, sino que, recordamos, el Tribunal Supremo, en línea con la idea de una injerencia mínima del Derecho en la vida contractual, había llamado la atención sobre la necesidad de entender de manera restrictiva la función de integración que se le reconoce a este precepto, afirmando que

---

<sup>1499</sup> Nos remitimos aquí a lo expuesto en la Primera parte, Capítulo I, apartado II, en el que se hace referencia a la importancia del principio de la autonomía de la voluntad, preconizada tanto en el Código Civil como en el de Comercio y cuyas raíces han de buscarse en una concepción liberal del contrato.

*“si bien es doctrina de esta Sala la de que la buena fe, en su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento [...] también se ha sentado por la misma que el carácter genérico del art. 1.258 ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y en cada supuesto contiene el Código Civil y que la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir, que la expansión de los deberes al amparo del art. 1.258 debe ser lo más restringida posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del 1.283, según el cual en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos cosas distintas en casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar”<sup>1500</sup>.*

Efectivamente, una de las implicaciones de la buena fe es, precisamente, la fidelidad a la palabra dada. Pero, en el caso de los contratos que nos ocupan, cuyo procedimiento contractual adolece de una falta de libertad para la parte que simplemente se adhiere al contenido predispuesto, cabría plantearse hasta qué punto a esa palabra dada se le pueden exigir las mismas consecuencias que en los supuestos de contratación negociada. Esta alegada incompatibilidad entre el respeto a la autonomía de la voluntad y un control material distinto de los controles generales no lo es tanto cuando hablamos de condiciones generales de la contratación. Como hemos tenido oportunidad de analizar, la idea de dos contratantes en pie de igualdad y con plena libertad no se identifica con la forma de proceder en la contratación mediante condiciones generales<sup>1501</sup>. Es por todos sabido que en estos casos existe un déficit de autonomía de la voluntad y que, precisamente por ello, el peligro de desequilibrio entre las partes es elevado. No es que el consentimiento sea inexistente pero no se ha prestado de la misma manera que en los contratos negociados sino que deriva de la adhesión por una de las partes al contenido ya predispuesto por la otra, circunstancia que no puede recibir el mismo tratamiento que cuando el contrato es resultado de la voluntad de ambos contratantes.

<sup>1500</sup> STS de 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906] (FJ 3º, párrafo 1º). Critica ésta y otras resoluciones similares, MIGUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, Tres”, en MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 939 – 940, nota al pie núm. 109.

<sup>1501</sup> Citando a DÍAZ ALABART, S., *Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos*, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 62, “la libertad e igualdad de los contratantes, productos de la autonomía de la voluntad y postulados de nuestro Código Civil, hoy en día aparecen teñidos de un anacronismo irreversible, se han transformado en un mito jurídico, especialmente por lo que se refiere a la contratación en masa, contratación con condiciones generales”.

Por otra parte, la llamada a la aplicación restrictiva de la integración de deberes de las partes a través del artículo 1.258 Cc no ha impedido, como hemos visto, la existencia de una jurisprudencia asentada y que ha aprovechado esa función para reconocer un amplio catálogo de obligaciones accesorias para las partes que, aunque en sentido positivo, no dejan de suponer una injerencia en lo pactado por los contratantes. Y si esto es así en contratos negociados, pensamos que menos sentido tiene la visión restringida de la función de integración en contratos de adhesión: partiendo de lo dicho en el párrafo anterior, el argumento que está detrás –el respeto por lo que los contratantes quisieron- pierde fuerza en los contratos en los que no hay una plena autonomía bilateral de la voluntad.

Así las cosas, el control de contenido pretende evitar los abusos que se pueden producir por parte del predisponente ante este déficit de contractualidad. Esta idea está hoy en día plenamente aceptada en la contratación con consumidores<sup>1502</sup>. En la medida en que hemos defendido que los abusos derivados de la desigual posición de las partes se pueden producir también en la contratación entre empresarios, la necesidad de un control material –aunque difiera en intensidad respecto del de los consumidores- es extensible a nuestro juicio a este tipo de relaciones, basándonos en el mismo razonamiento y sin que ello implique, por tanto, un recorte a la libertad contractual. Es decir, la contratación mediante condiciones generales, ya sea con consumidores, ya entre empresarios, presenta peculiaridades en cuanto al componente de la voluntad en la formación del contrato, lo que justifica que se rija por otros parámetros entre los que se encuentra la necesidad de un control adicional.

La oportunidad que presenta el artículo 1.258 como sede de control de contenido se entenderá si tenemos en cuenta que este precepto permite lo que podríamos denominar una injerencia positiva en el contrato a través de la integración del mismo, operación que ofrece un punto de conexión con la de control. No podemos olvidar, asimismo, que presenta

---

<sup>1502</sup> Por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 82...”, op. cit., pp. 715 – 718, quien afirma que “*las condiciones generales en contratos con consumidores se someten a un especial control de contenido porque el procedimiento por el que se establecen no legitima su contenido*”. Por su parte, VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El ámbito de regulación del futuro “derecho contractual europeo”. De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 410, contrasta los principios excepcionales respecto del derecho de consumo respecto del derecho privado “clásico”, señalando la cuestión que nos ocupa: “a) frente a la autonomía de la voluntad, existencia de unos contenidos imperativos mínimos de las cláusulas contractuales; b) frente a la libertad de forma, exigencia de unos contenidos mínimos en un contrato por escrito; y c) frente a la vinculación contractual, concesión de un derecho de desistimiento en una serie de supuestos (cada vez mayores en número y en intensidad del derecho)”.



carácter de *ius cogens*<sup>1503</sup> y que es sede por excelencia de la buena fe objetiva -criterio que presenta unas particularidades que le hacen idóneo para ser pieza central de un control de contenido-.

En todo caso, y para un tratamiento más profundo de estas cuestiones que dejamos aquí apuntadas, nos remitimos a los apartados correspondientes: por una parte, la justificación para un control de contenido no limitado a la contratación adhesiva con consumidores (véase, en especial, Capítulo I de la Primera parte); por otra, la aptitud de la buena fe del artículo 1.258 Cc para ser sede de dicho control, asunto éste último que será abordado en las siguientes líneas.

## **2. Idoneidad del concepto de buena fe para extender su ámbito de aplicación más allá de la función integrativa**

La vinculación de la buena fe con la idea de control de condiciones generales en la doctrina española la apuntaba ya DE CASTRO<sup>1504</sup> en su trabajo de 1961. En él abordaba este tipo de contratación y señalaba a la buena fe y a las buenas costumbres como límites irrebasables de la eficacia de las condiciones generales. Sin entrar en más detalles, este autor reconoce el papel que la buena fe podría desempeñar como control material respecto de todo contrato mediante condiciones generales, al afirmar que “*en nuestro Derecho vigente las condiciones generales podrían ser impugnadas, en cuanto lo sean, como contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho*”. Pero esta postura no era defendida de modo unánime. Así, encontramos las palabras de GARCÍA AMIGO calificando de “*forzado*” el querer utilizar para esta finalidad el principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico español, aun reconociendo la gran relevancia que tiene en todo el ámbito del Derecho privado y particularmente en materia de obligaciones y contratos<sup>1505</sup>.

<sup>1503</sup> Respecto del artículo 1.258, LACRUZ afirma que “*es de ius cogens y su aplicación, ni puede ser eliminada por las partes ni requiere la preexistencia de una laguna contractual*” (LACRUZ, J.L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (et al.), *Elementos...*, op. cit. 502).

<sup>1504</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 323 y 331.

<sup>1505</sup> GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales...* op. cit., pp. 254-257. “*Así, pues, en ninguno de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico privado se prevé la posibilidad de dar relevancia jurídica al principio de la buena fe para limitar por invalidez las cláusulas contractuales que hayan sido objeto de un consentimiento contractual perfectamente formado desde el punto de vista estructural; ni, por consiguiente, puede aplicarse para limitar la validez de las condiciones generales de contrato cuando el consentimiento de las partes sea perfecto en el contrato de adhesión*”.

Entre la doctrina más moderna podemos encontrar una tendencia favorable al desarrollo de la buena fe del artículo 1.258 CC como límite a lo pactado por las partes en condiciones generales entre empresarios. Además del ya citado MIQUEL, planteando la necesidad de un control de contenido apoyado en este precepto “*reinterpretado más allá de una función integradora del contrato*”, debemos hacer referencia a ALBIEZ<sup>1506</sup>, autor que lamenta que la potencialidad que este artículo ha demostrado en las técnicas de la integración del contrato no se haya sabido utilizar para el control de las cláusulas abusivas, cuando el 1.258 “*puede asumir la misma función que el artículo 82.1*” (TRLGDCU)<sup>1507</sup>.

El examen de las concretas características que presenta el criterio de la buena fe objetiva nos permitirá entender mejor este potencial al que hace referencia la doctrina y al que, de una forma u otra, venimos aludiendo a lo largo del trabajo. Su carácter imperativo, su versatilidad o su faceta como mecanismo para adaptar el Derecho a la cambiante realidad social son varios de los aspectos que hemos seleccionado y que a nuestro juicio convierten a la buena fe del artículo 1.258 Cc en el candidato ideal para representar un límite al contenido de los contratos mediante condiciones generales concertados entre empresarios.

Ciertamente, el hecho de que la buena fe sea un principio que impregna todo el ordenamiento jurídico y que las consecuencias de la integración del contrato no puedan ser eludidas por las partes, lo convierte en un criterio de **carácter imperativo**<sup>1508</sup>. Nótese que,

---

<sup>1506</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica...*, op. cit., p. 218.

<sup>1507</sup> Señalan también, entre otros, el art. 1258 Cc como la cláusula general de ineficacia, BERCOVITZ, R., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 268; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009..., pp. 1656 y ss.

<sup>1508</sup> La doctrina se ha pronunciado con diferente resultado acerca del carácter de la buena fe como fuente de integración: mientras que unos autores lo consideran como un criterio dispositivo, otros defienden la imperatividad del mismo. A favor de esta última postura, MIQUEL, quien, además de afirmar que “*las normas que nacen de las exigencias de la buena fe son imperativas y por ello están sustraídas a la disposición de las partes*” (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 7.1...”, op. cit., p. 39; Voz “Buena fe”..., op. cit., p. 832). Por su parte, también LASARTE, C., *Sobre la integración del contrato...*, op. cit., p. 73, indica de forma bastante expresiva que el contenido del contrato se compone necesariamente tanto de lo pactado como de las consecuencias derivadas de las fuentes de integración siendo la adecuación entre la regla pactada y el ordenamiento jurídico “*un continuum, tanto en el caso de que las partes hayan establecido una regla autónoma incompleta o insuficiente como cuando el acuerdo contractual contradiga, en relación con el contenido del contrato, alguna regla heterónoma de la que no pueden disponer las partes por ser de aplicación imperativa*”, entre las que especifica se encuentran “*norma de tal carácter o buena fe*”. También, MONTES RODRÍGUEZ, M. P., “El artículo 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato”, en BLASCO, F.; CLEMENTE, M.; ORDUÑA, F. (et. al.) (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente Montes Penadés*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1744; GARCÍA RUBIO, M. P., “Comentario al artículo 1258...”, op. cit., p. 1374, para quien “*el recurso a los procedimientos de integración aquí previstos no puede ser excluido sin más por las partes, cuya voluntad no es hábil para operar contra el principio general de buena fe, aunque sí puede establecer un orden de prelación entre la regla dispositiva y uso, o incluso excluir la aplicación de éste*”. A favor del carácter dispositivo del criterio de la buena fe, DE LOS MOZOS, J.L., “El principio de la buena fe...”, op. cit., p. 45, autor que sostiene que en el caso del artículo

por una parte, la buena fe obliga aún al margen de la voluntad de los contratantes y que, por otra, no parece aceptable la licitud de un pacto por el que las partes limiten los efectos derivados de la buena fe del 1.258: si bien son abiertamente admitidos en contratos negociados los pactos en virtud de los cuales los sujetos excluyen expresamente la aplicación de la ley dispositiva, no sería aceptable la posibilidad de que estos mismos contratantes puedan pactar la exclusión de la buena fe –en todas o alguna de sus funciones– en su relación contractual; si esto es así en contratos negociados, mucho menos será posible que las partes “pacten” restringiendo los efectos de este principio general en contratación mediante condiciones generales.

Esta imperatividad es uno de los argumentos que apoyan la idea de la buena fe del artículo 1.258 como un criterio más que adecuado para ser el instrumento central del control de contenido que estudiamos<sup>1509</sup>. Evidenciando la buena fe del artículo 1.258 como límite a la autonomía de la voluntad, el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2011 [RJ\2011\3153] afirma que *“sin duda, lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de autonomía de la voluntad que se recoge en el artículo 1.255 del Código Civil. Ahora bien, este principio se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –artículo 1.258 C- [...]”*. En este sentido, apunta MIQUEL<sup>1510</sup>, el artículo 1.258 Cc *“ofrece ya la importante idea del sometimiento de la regla contractual a las exigencias de la buena fe”*.

Pero, además, el **carácter versátil** del concepto de la buena fe que hemos tenido oportunidad de deducir del estudio de los artículos 7.1 y 1.258 Cc<sup>1511 1512</sup>, hace de él, todavía más, un criterio idóneo para poder ser pieza clave del control de contenido.

---

1258 la buena fe se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función de norma dispositiva. De la misma opinión es GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos...*, op. cit., p. 255.

<sup>1509</sup> No podemos olvidar que la buena fe es una verdadera fuente de normas objetivas, tal y como manifestó DE COSSÍO Y CORRAL, A., “El dolo...”, op. cit., p. 244. Es más, como apunta YZQUIERDO TOLSADA, M., “De nuevo sobre la buena fe”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 6, 1988, p. 649, no solo le es lícito al juez, sino que es hasta obligado, buscar el derecho objetivo superior a la voluntad de los contratantes *“(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1959) tanto cuando las partes hayan establecido una regla suficiente, como cuando el acuerdo contradiga la norma imperativa de buena fe”*.

<sup>1510</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 464.

<sup>1511</sup> Volvemos a incidir sobre el tratamiento conjunto de la buena fe contenida en ambos preceptos basándonos en que los dos supuestos hacen referencia a la vertiente objetiva de la misma a lo que se añade el hecho de que la jurisprudencia, como hemos tenido ocasión de comprobar, vincula en su argumentación en materia contractual a la buena fe de uno y otro artículo derivando, en muchos casos, las mismas consecuencias en cuanto a noción general de la buena fe. Afirmando que el artículo 7.1 y el 1258 deben situarse en el mismo plano, MONTÉS, V.L., “Comentario al artículo 7.1”, en VVAA, *Comentarios a la reforma del Código civil*,

En su momento, COSSIO, afirma la buena fe como una verdadera fuente de normas objetivas, “*un complejo de normas jurídicas que carecen de formulación positiva concreta*” y que “*son reunidas bajo esta designación impropia y ocasionada a equívocos*” y le otorga el papel de conseguir que exista una conformidad “*a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tienen carácter general pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto*”.

Ciertamente, una de sus mayores virtudes –esta posibilidad de una constante adecuación a la realidad- puede volverse un defecto si no se delimita pero coincidimos con ALBIEZ<sup>1513</sup> cuando afirma, tras un análisis de la cláusula general de la buena fe como “*límite por excelencia*”, que “*no se puede prescindir de la buena fe en la definición de las cláusulas abusivas por muy diversas que sean las interpretaciones de este concepto*”. Ratifica este planteamiento el hecho de que, como sabemos, la presencia de la buena fe sea una constante en la configuración de los diversos controles de contenido, tanto en los ordenamientos jurídicos comparados, como en los textos de Derecho europeo o en nuestra legislación nacional<sup>1514</sup>.

El referido carácter abierto de la noción de buena fe le permite ser un **mecanismo para adaptar la normativa a la cambiante realidad**<sup>1515</sup>. En este sentido, volvemos a traer a colación las palabras del profesor COSSÍO<sup>1516</sup>, quien apuntó el concepto de la buena fe como vía para hacer posible que se evitaran “*las injusticias a que forzosamente habría de dar lugar el carácter abstracto de las normas en el momento de ponerse en contacto con nuevas relaciones, o con particulares circunstancias, que exigen una solución distinta, en cuanto añaden nuevos elementos que es preciso añadir a la hipótesis legal para*

---

vol I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 364; AVILÉS GARCÍA, J., “Cláusulas abusivas...”, op. cit., p. 1560, nota al pie número 67.

<sup>1512</sup> Señala lo abstracto y genérico del concepto de contrariedad a la buena fe, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...”, op. cit., p. 872.

<sup>1513</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica...*, op. cit., p. 212.

<sup>1514</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 94, denomina a la cláusula general de la buena fe como la “*pieza central del control de contenido*”.

<sup>1515</sup> Respecto de las cláusulas generales en general, aunque haciendo una amplia referencia a lo largo del trabajo a la buena fe, ver MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, p. 318. El autor señala a éstas como un instrumento indispensable para el progreso del Derecho y para que su aplicación responda a las exigencias de justicia que la sociedad reclama.

<sup>1516</sup> COSSÍO Y CORRAL, A. de, *El dolo...*, op. cit., p. 245.

*modificarla*”. A esta misma idea de la buena fe como mecanismo para adaptar el Derecho a las necesidades prácticas y cambiantes del momento también alude LASARTE<sup>1517</sup>, para quien el hecho de que la buena fe sea “*el más evanescente de los medios integradores del contrato*” le permite ser el instrumento último al que recurre el legislador para sortear que la inexistencia de normas legales o de usos en sentido normativo conduzca a situaciones “*de todo punto injustas y reprobables por la conciencia jurídica del momento*”. Teniendo en cuenta lo anterior, advierte que lo que requiere esta norma de carácter abierto es “*una jurisprudencia decidida y atenta a los problemas actuales del mundo contractual*”.

En el marco de la desprotección del empresario adherente existe en la actualidad la necesidad de un desarrollo de la buena fe del artículo 1.258 Cc por parte de los tribunales, como base para un posible control de contenido. De la misma manera que, como hemos tenido ocasión de estudiar, sí que se ha sabido sacar provecho a la faceta integrativa de este precepto, apoyando en él una amplia variedad de obligaciones accesorias que son impuestas a las partes, no podemos decir lo mismo en el caso de una cláusula de la buena fe que pudiera resultar de aplicación en la contratación por adhesión entre profesionales. No se nos escapa que hay una diferencia esencial: el artículo 1.258 aglutina, precisamente, los criterios de integración del contrato pero no representa –al menos de forma expresa– un límite a la autonomía de la voluntad. Ahora bien, teniendo en cuenta que en la contratación mediante condiciones generales no existe una verdadera autonomía de la voluntad bilateral sino imposición por una parte a la otra, puede defenderse la operatividad del art. 1258 Cc como posible freno a desequilibrios, es decir, puede defenderse que, partiendo de la ya aludida proximidad entre esta función de integración y una potencial labor de control y dejando a un lado la reticencia que siempre han demostrado los tribunales a desarrollar los conceptos indeterminados, la jurisprudencia elabore un argumento que justifique el uso de la buena fe del art. 1258 Cc más allá de la literalidad del artículo 1.258 Cc y permita una protección al empresario adherente mediante un control material de las cláusulas “abusivas” en estos contratos.

Salvando las diferencias, es el caso del ordenamiento jurídico alemán, en el cual fue la jurisprudencia, en un primer momento, la encargada de dar forma a este control de contenido partiendo de un precepto muy similar. Nos referimos al §242 BGB y su función de instrumento de control de contenido de las condiciones generales adquirida tras una

---

<sup>1517</sup> LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato...”, op. cit., p. 78.

progresiva transformación por parte de los tribunales<sup>1518</sup>. Sin perjuicio de lo que ya se dijo acerca de la protección al empresario adherente en el ordenamiento jurídico alemán, recordamos que, efectivamente, la AGB-Gesetz de 1976 no hace sino codificar la protección que de forma previa se había desarrollado por la jurisprudencia a través de la cláusula general de la buena fe contenida en este párrafo<sup>1519</sup>.

No se puede abordar la idea de un desarrollo de la buena fe por parte de los tribunales más allá de su legalmente reconocido ámbito de aplicación sin detenernos en la obra que WIEACKER dedica a este principio general. El autor, en un trabajo que data de 1955 pero que encaja perfectamente con nuestra problemática actual, aborda la aplicación que de la buena fe del § 242 BGB hasta ese momento hacen los tribunales alemanes, clasificando sus actuaciones en tres categorías y siendo una de ellas la actuación *contra legem*, mediante un nuevo Derecho judicial que va más allá de la realización de un proyecto legislativo y de la salvaguardia de la justicia en el comportamiento concreto de las partes. En este último caso, se pretende que el § 242 BGB tenga una función cuando los cambios sociales bajos los mismos criterios conviertan en injustas valoraciones hasta ahora justas<sup>1520</sup>. Volveremos sobre estas ideas.

Aunque el artículo 1.258 español y el § 242 alemán no son idénticos<sup>1521</sup>, no vemos por qué no podría llegar a alcanzarse un resultado siquiera similar a partir del referido precepto de

---

<sup>1518</sup> WHITTAKER, S.; ZIMMERMANN, R., “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER, S. (ed.), *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 27 y ss., señalaron que, de hecho, se trata del desarrollo basado directamente en ese párrafo más importante de los últimos cuarenta años.

<sup>1519</sup> Primera parte. Capítulo II. I. 4.

<sup>1520</sup> WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducida por CARRO, J. L., Civitas, Madrid, 1977, p. 51. El autor considera la aplicación por los tribunales de la buena fe del § 242 BGB hasta ese momento como un “Derecho judicial libre, que escapa a toda precisión y a todo tipo de reflexión y de análisis” y respecto del que, por tanto, deben ser definidas una serie de premisas y conceptos dentro de cuyo marco sea posible una praxis metódica (p. 25). El problema es que, si toda aplicación del Derecho no es un mero juicio analítico sino que comporta siempre una labor de interpretación, es decir, una elección entre varias valoraciones posibles, y cada decisión constituye un elemento de nueva creación de Derecho (p. 39), este fenómeno se acrecienta en el caso de las cláusulas generales, como lo es la buena fe del § 242 BGB, respecto de la que no hay una simple subsunción, sino una necesaria previa elaboración de la hipótesis para la situación conflictiva concreta (p. 42). Esto conlleva que las decisiones no tengan una validez general sino que estén limitadas al específico caso jurídico, problema que el autor alemán plantea superar exigiendo a los jueces en la aplicación del § 242 el recurso a una serie de máximas o factores de orientación que “*deben poder reconducirse a las cognoscibles y determinables indicaciones del legislador o a los principios elementales, prácticamente indiscutidos, del obrar justo*” (p. 47). En el intento de evidenciar estas máximas que presiden hasta ese momento la aplicación de la buena fe del párrafo citado, cataloga las actuaciones de los jueces en tres categorías según actúen: en cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico escrito; *praeter legem* o exigiendo a las partes que en el ejercicio o defensa de sus derechos se comporten de manera justa; *contra legem*, ya citado en el texto principal.

<sup>1521</sup> Recordamos que el § 242 BGB dispone que el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico.

nuestro Código Civil. ECKL llama la atención al respecto del deseo de construir en España algo parecido al § 242 BGB sin que la importancia que fue ganando el 1.258 llegara a tener nunca la misma intensidad que su homólogo alemán, lo que explica el autor por “*la supremacía del denominado dogma de la voluntad en el ámbito del Derecho contractual, siguiendo el modelo del art. 1134 del Code civil francés*”<sup>1522</sup>.

### 3. Encaje del artículo 1.258 del Código civil como norma de control material

En todo caso, y siguiendo con el papel de los tribunales, la existencia y potencial de la buena fe del art. 1258 Cc no ha pasado totalmente desapercibido por nuestra jurisprudencia. Si bien es cierto que no ha habido un desarrollo del artículo 1.258 Cc equivalente al alemán que le haya permitido de forma clara constituirse en un límite a lo pactado en contratación predispuesta, sí encontramos ciertas resoluciones en las que hay una voluntad por parte del órgano jurisdiccional de intentar paliar los posibles abusos que conlleva la contratación mercantil mediante condiciones generales recurriendo, bien directamente, bien de forma indirecta, a la noción de la buena fe objetiva de manera especial. Efectivamente, comenzando por este último supuesto, nos parece interesante dejar constancia de la existencia de resoluciones que se pronuncian acerca de la nulidad de determinados pactos y en las que **se relaciona el papel de la buena fe objetiva –entre otros- con el control de la autonomía privada en las condiciones generales de contratación**<sup>1523</sup>, aunque no se

---

Aunque tradicionalmente se ha considerado al art. 1258 Cc como el precepto equivalente al alemán, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de julio de 2006 [RJ\2006\6080], entendió que el § 242 BGB estaba realmente más próximo al art. 7.1 Cc y al art. 57 CCom que al 1258 Cc.

<sup>1522</sup> ECKL, C., “Algunas observaciones alemanas acerca de la buena...”, op. cit., p. 45. Al respecto de esta diferencia de desarrollo del artículo 1.258 por parte de la jurisprudencia española en comparación con el llevado a cabo por la alemana al hilo del § 242 BGB, también ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica...*, op. cit., p. 214, apunta como posible causa una falta de cultura jurídica en nuestro país en el campo de los contratos de adhesión, siendo el interés entre los juristas prácticos, la litigiosidad sobre condiciones generales y el nivel de protección en Alemania incomparable con el español, limitado, además, prácticamente a los consumidores. Había puesto ya de manifiesto la diferencia abismal entre el desarrollo de parágrafo alemán y los equivalentes en España, Francia e Italia, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, p. 302; “Comentario a la Disposición Adicional Primera, Tres...”, op. cit., p. 938, nota a pie 102.

<sup>1523</sup> Tomamos esta expresión del comentario de BERCOVITZ, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3663 – 3663. Se trata, la de 1986 (STS de 26 de mayo de 1986 [RJ\1986\2823]), de una sentencia relevante en la materia pues, como señalaba el autor, el Tribunal “*relaciona felizmente el papel de la buena fe objetiva (artículo 1.258 del Código Civil) con el control de la autonomía privada en las condiciones generales de contratación*”. El órgano jurisdiccional confirmaba la resolución de instancia declarando nula una cláusula inserta en un contrato mercantil de agencia de seguros con dedicación exclusiva del agente, en la cual se regula la posibilidad de rescisión (sic) del contrato por cualquiera de las partes sin necesidad de alegar causa alguna y con un preaviso de un mes. Aunque la nulidad de la cláusula se fundamenta en la contravención de la moral, la buena fe juega un papel relevante afirmándose que “*la cláusula [...] ha de ser interpretada adecuándola a la buena fe y a la equidad*” y que cuando se solicite la rescisión del contrato

constituya en torno a ella un control estructurado. Como se apreciará a continuación, en este primer conjunto de resoluciones la buena fe participa de todas ellas pero sin que haya un criterio uniforme: unas veces se configura como única directriz de un control de contenido expreso -bien con mención al artículo 1.258, bien sin respaldarse en ningún precepto-; otras se alega junto con otros criterios, como el desequilibrio y el abuso de posición dominante, ya sea al amparo del párrafo octavo de la Exposición de Motivos de la LCGC o sin ninguna referencia al mismo; en otras, parece incluso que se tomaran calcados los parámetros de la cláusula general de buena fe de la legislación de consumo para determinar la abusividad de un pacto, aunque sin citarla<sup>1524</sup>. En todo caso, nos resultan útiles para nuestra argumentación porque, por una parte y sin perjuicio de más sentencias que se sumarán a estas primeras, denotan que en la práctica judicial se aprecia en muchas ocasiones la necesidad de proteger al empresario adherente. Por otra parte, porque vemos que los elementos que se repiten junto a la figura de la buena fe, son los mismos que hemos utilizado y que utilizaremos para la configuración del control de contenido en torno al art. 1258 Cc. Efectivamente, en estas argumentaciones de los órganos jurisdiccionales suelen aparecer de forma conjunta la “buena fe”, el “desequilibrio” y el “abuso de posición dominante”. Para nosotros, mientras que la buena fe sería el instrumento jurídico a través del que se articularía el control material, la posición dominante del predisponente será una circunstancia a tener en cuenta como presupuesto de ese control material, del mismo modo que lo será, adelantamos, la existencia de un desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes. Aunque en estas resoluciones no se diferencie entre presupuestos de control y cauce para dicho control, tienen la virtud de admitir la posibilidad de que se declaren nulas por “abusivas” cláusulas también en contratos predisuestos entre empresarios y de vincular entre sí los conceptos antes referidos.

Así, un ejemplo de recurso a la buena fe en colaboración con otros criterios y de la mano de la Exposición de Motivos de la LCGC lo tenemos en la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 29 de abril de 2004 [JUR\2004\186010]. El órgano jurisdiccional se pronuncia acerca de un contrato de distribución y recogida de prensa y, más concretamente, del pacto en virtud del cual el transportista no comprueba ni recuenta en el punto de venta y mediante la firma de un albarán los ejemplares entregados y devueltos diariamente. La Audiencia considera que en este caso, incluso teniendo en cuenta la naturaleza del servicio y

---

“haya causa suficiente y sea el momento adecuado y se guarden los principios de moralidad y buena fe, dejando debidamente liquidado el contrato a satisfacción de ambos contratantes”.

<sup>1524</sup> No incluimos en este apartado aquellas resoluciones en las que de forma expresa se resuelven cuestiones relativas a contratos entre empresarios en base a la normativa de protección de los consumidores, por considerarla directamente una argumentación errónea.



características del producto, se podrían cumplir los criterios que establece el párrafo octavo de dicha Exposición de Motivos para extender el concepto de cláusula abusiva a contratos entre empresarios –tal y como sostiene “*mayoritariamente la doctrina*”- y que se resume en el abuso de posición dominante, la contrariedad de las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante de derechos y obligaciones. No encontramos en la sentencia, sin embargo, una argumentación en la que se desarrolle de manera concreta la regla de la buena fe sino que, de forma conjunta, se afirma que “*existe, como sostiene la juez de instancia, un trato desigual entre las partes contratantes, con beneficio exclusivo a favor de las hoy recurrentes, y notorio perjuicio para el demandante, como se pone de manifiesto con las actas notariales en las que se destacan devoluciones no descontadas en diferentes períodos de facturación y reclamándose determinadas cantidades [...]. Resulta evidente que el sistema empleado para contabilizar las devoluciones no sirve, ya que no se constatan errores puntuales sino desfases importantes, siempre a favor de las distribuidoras, lo que supone el mencionado abuso de posición dominante*”<sup>1525</sup>.

También la buena fe aparece recogida junto con el desequilibrio injustificado y el abuso de posición dominante en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de julio de 2003 [JUR\2004\86397] al hilo de un contrato de *leasing*. En el supuesto de hecho, el Tribunal entiende que la cláusula por la que se establece la posibilidad para el arrendador financiero de decretar el vencimiento anticipado de la operación por el impago de una o varias cuotas del mismo no supone un abuso ni es contraria a la buena fe ni causa un injustificado desequilibrio entre las prestaciones “*sobre todo si se tiene en cuenta que el arrendatario financiero está disfrutando del bien cedido sin pagar las cuotas o canon derivados de su uso*”, no resultando el vencimiento anticipado de la operación una situación abusiva<sup>1526</sup>.

---

<sup>1525</sup> Es de interés por el desarrollo de la argumentación en torno a las posibilidades de control de contenido en contratos entre empresarios el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de mayo de 2001 [AC\2001\1676]. Hace una amplia referencia al tratamiento diferenciado en contratos con consumidores y los que caen fuera de su campo de aplicación y el párrafo octavo de la Exposición de Motivos de la LCGC: “*en definitiva, que según la interpretación más adecuada para la defensa de la igualdad contractual entre las partes, parece mejor interpretación la que entiende que el legislador, si bien no quiso estereotipar un catálogo de cláusulas de “abuso de posición predominante” cuando se trata de contratos entre profesiones, a diferencia de los celebrados con los consumidores, sin embargo extiende igualmente a los referidos contratos el concepto de “abusividad”, entendido como “desequilibrio contractual” o “desigualdad de condiciones entre las partes”, tal y como lo expone la inicialmente citada STS de 18-12-1995, si bien la interpretación de tal abuso no ha de hacerse conforme al repetido catálogo, sino al amparo de los preceptos generales que el CC y el CCom establecen en materia de obligaciones y contratos en general, tal y como lo dispone el art. 8.1 de la Ley, en concreto a los arts. 1255, 1258 y 1275, en relación con el art. 6.3 del CC y a sus concordantes del mismo código y del CCom*” (FJ 5º, párrafo 1º *in fine*).

<sup>1526</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de noviembre de 2010 [JUR\2011\108209], el Tribunal desarrolla los conceptos de buena fe y justo equilibrio de prestaciones de la legislación de consumidores para pasar a, tras excluir de su ámbito de aplicación a la empresa adherente, resolver en función del criterio del justo equilibrio sin mención posterior alguna a la buena fe (“*La aplicación de la doctrina al caso presente nos debe llevara a la consecuencia de que las condiciones generales contractuales de que*

La Audiencia Provincial de Sevilla (sentencia de 30 de octubre de 1996 [AC\1996\2047]), por su parte, niega la aplicación de la LGDCU al contrato de *leasing* de un vehículo concertado por dos empresarios, lo que no obsta para que admita la posibilidad de un control de contenido en base a la buena fe en este tipo de contratos. Aunque concluye, de forma bastante lacónica, la no nulidad de las cláusulas en controversia, lo hace porque “*no vulneran la buena fe del apelante ni pueden ser consideradas abusivas*”<sup>1527</sup>.

También con base en la buena fe y el justo equilibrio resuelve la SAP de Madrid, de 20 de diciembre de 2004 [JUR\703\33919], al hilo de un contrato de concesión de automóviles y una cláusula que establece la obligación del concedente de proceder a la recompra de los vehículos, piezas de recambio y herramientas especiales no utilizados, siempre que se hubieran adquirido dentro de los seis meses anteriores a la fecha de terminación del contrato. Afirma el Tribunal, dejando sin efecto tal limitación temporal, que “*no puede entenderse adecuada ni a la buena fe ni al justo equilibrio de las prestaciones la limitación temporal que se fija en el contrato, toda vez que la obligación de recompra por el concedente no puede entenderse limitada tan drásticamente a dicho plazo*”, declarando que debe “*entenderse la obligación de recompra de dichas piezas de recambio y útiles sin dicho límite temporal, puesto que en caso contrario se produciría un evidente daño*”.

Lo mismo ocurre en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 20 de junio de 2005 [JUR\213\2005], que conoce de una cláusula contenida en un contrato de renting en virtud de la cual el arrendatario debe seguir abonando las rentas aún en el caso de que la máquina no pudiera ser usada por falta de mantenimiento y asistencia técnica - obligación del arrendador- y debe aceptar el acceso del arrendador al local así como diversas modificaciones del material, sin posibilidad de reducción de renta. La Audiencia, sin referirse a ninguna norma en concreto, declara nulas estas cláusulas que mantienen la obligación de una parte sin contraprestación alguna por cuanto “*pueden considerarse contrarias a la buena*

---

*tratamos no son abusivas. En primer lugar al no tener la actora la condición de consumidor, como ya hemos razonado con anterioridad, y además tampoco se observa el desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que puedan provocar la nulidad*”).

<sup>1527</sup> “*Cierto que la cláusula 5.3,a) del contrato establece que en caso de impago de dos cuotas o cánones el arrendador puede exigir de inmediato el abono de todos los pedimentos de vencimiento y el importe de los vencidos con los intereses de demora de estos últimos. Pero se ha de tener en consideración que esta cláusula fue conocida y aceptada por las partes contratantes, y que la misma tiene su origen en el impago o falta de cumplimiento del demandado de la obligación de pago que contrajo; y que, aun dejando de pagar las cuotas establecidas, siguió disfrutando y utilizando el vehículo. Por tanto, no puede entenderse como mantiene la parte apelante abusiva o leonina*”.

*fe causando un importante desequilibrio o una desigualdad evidente de los derechos y obligaciones de las partes*”<sup>1528</sup>.

Pero también hay resoluciones que, además de reforzar la idea de necesidad de un control de contenido en los contratos predispuestos entre empresarios, toman como punto de partida la buena fe del artículo 1.258 Cc de cara a cuestionar la validez de una cláusula. A diferencia de los supuestos anteriores, en éstos **se plantea de una manera expresa esta norma como posible sede de un control de contenido en la contratación mediante condiciones generales.**

Parece ser éste el planteamiento de la Audiencia Provincial de Granada, en sus sentencias de 21 de septiembre de 2007 [JUR\2008\23294] y 28 de abril de 2006 [JUR\2006\200439], en las que se pronuncia abiertamente acerca del artículo 1.258 como fundamento para la moderación de una cláusula. En ambos casos, se considera desproporcionada la cláusula penal impuesta en un contrato de obra y que penaliza el retraso en el cumplimiento de la entrega de la misma. Tras apuntar la existencia de dos soluciones en la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la posibilidad de, en virtud del artículo 1.154 Cc, moderar una cláusula penal moratoria<sup>1529</sup>, afirma que *“al margen de esta interpretación, esta Sala considera abusiva esta cláusula en el marco del artículo 1.258 del Código civil, siendo totalmente desproporcionada la suma resultante de la pena con el precio total de la obra, pudiendo ser moderada la misma en lugar de declararla sin más nula así se admite expresamente en otros sectores de la contratación, como en el artículo 10 bis.2 de la LGDCU o para cláusulas específicas en las relaciones entre empresarios, como en el artículo 9 de la Ley de Medidas contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales)”*. También al amparo del art. 1258 Cc modera la Audiencia Provincial de Murcia sendas cláusulas penales en contratos de explotación de máquinas recreativas por considerarlas contrarias a la buena fe contractual y generadoras de desequilibrio entre los contratantes en claro detrimento de la parte demandada (sentencias de 20 de mayo de 2010 [JUR\2010\238450] y de 14 de junio de 2011 [JUR\2011\265991]).

---

<sup>1528</sup> *“Nada impide que se declare la nulidad de una cláusula que aparezca abusiva aunque esta pertenezca a un contrato (dentro de las condiciones generales) existente entre dos profesionales, ya que es lo cierto que no pueden existir en las condiciones generales del contrato una posición dominante o desequilibrante respecto de la otra, y que puede considerarse contraria a la buena fe causando un importante desequilibrio o una desigualdad evidente de los derechos y obligaciones de las partes, desequilibrio que se aprecia de la simple lectura del contrato [...]”*

<sup>1529</sup> Un elemento a tener en cuenta por el Tribunal es que el retraso no se debe sólo al incumplimiento de la constructora sino también por causa de la voluntad del contratista de la obra.

De igual modo, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2010 [JUR\2010\179886]. Se pretende la impugnación de un laudo por considerar que el convenio arbitral es nulo dada la abusividad de la cláusula referida a la sumisión a arbitraje en un contrato de promoción de terminales de telefonía móvil en el que el adherente tiene la condición de mercantil. El hecho de que finalmente no se admita la nulidad del convenio arbitral por otras circunstancias –actos posteriores del adherente, participando en el procedimiento arbitral sin formular objeción alguna- no obsta para que la Audiencia se pronuncie acerca de la inaplicación de la normativa de consumidores y usuarios al supuesto de hecho pero también acerca de la posibilidad de que una cláusula se declare nula con apoyo en el artículo 1.258:

*“Pero ello [la inaplicación de la normativa de consumidores y usuarios] no impide que, como en otras ocasiones, se pueda llegar a declarar la nulidad de una cláusula contractual, incluida en un contrato de adhesión, en la que la parte adherente no es consumidor sino una sociedad mercantil, si es abusiva por contradecir la buena fe y/o el justo equilibrio de las prestaciones, al amparo de los artículos 1.255 y 1.258 CC” (FJ 2º, párrafo 4º).*

En el mismo sentido argumenta la Audiencia Provincial de Pontevedra en su Auto de 4 de junio de 2012 [AC\2013\276] acerca de una cláusula de intereses moratorios en un contrato de negociación de efectos mercantiles mediante descuento. Tras descartar la aplicación de la legislación de consumo, se propone *“examinar si en nuestro ordenamiento jurídico existe algún instrumento que permite bien cuestionar la validez, bien moderar el alcance de aquellas cláusulas que puedan considerarse leoninas o desproporcionadas a la vistas de las circunstancias concurrentes, incluso cuando el contrato se celebre entre empresas o profesionales, facilitando así su control por los Tribunales [...] aun cuando no se esté en el ámbito de la legislación de consumidores y usuarios”*. Si bien concluye que no hay prueba de que los intereses pactados se aparten ostensiblemente de los que eran habituales en el mercado al tiempo de celebrarse el contrato y que no representan un grave desequilibrio (es decir, no se daría el presupuesto necesario para el control), lo hace después de señalar el órgano jurisdiccional que

*“tomando como referente interpretativo esta línea legislativa de los principios generales que inspiran la contratación en nuestro ordenamiento y el valor netamente normativo del principio de la autonomía de voluntad con las limitaciones que*

*establece el art. 1255 Cc (las leyes, la moral y el orden público) y las que impone la buena fe (arts. 7 y 1258 del mismo Código), entendida tanto en su función integradora del contrato como en el de límite o control de su contenido porque permite añadir deberes contractuales que pueden alterar las previsiones de una de las partes e imponerse en contra de su voluntad, podría plantearse suprimir pactos que no sean conformes con ella”<sup>1530</sup>.*

También la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia de 4 de junio de 2007 [JUR\2007\259763]) recurre, junto con el art. 1255 Cc, a la buena fe contractual del art. 1258 Cc para declarar la abusividad de una cláusula contenida en un contrato de seguro de responsabilidad civil de un arquitecto técnico –al que, por fecha, no le era aplicable la LCS– según la que, para que la aseguradora aceptara el siniestro, era necesario que tuviera conocimiento fehaciente de la reclamación extrajudicial o judicial de la responsabilidad civil durante la vigencia de la póliza. Señala el órgano jurisdiccional que se trata de un contrato en el que el contenido ha sido predispuesto por la aseguradora derivado de su posición dominante y que dicha cláusula, en la medida en que tiene como finalidad reducir los derechos del asegurado debe entenderse nula no solo, por un lado, por ser ilícita y

---

<sup>1530</sup> El mismo Tribunal hace de nuevo referencia a la buena fe como criterio de control en contratos de adhesión entre empresarios aunque de una forma no tan clara. El problema, en este caso, es una falta de concreción de la contravención a la buena fe: “*Aun admitiendo la buena fe como principio general del Derecho de contratos [el motivo se fundaba en la EM de la LCGC y en los arts. 57 Ccom y 7.1 y 1258 Cc], determinante de la ineficacia de una cláusula contractual que no la respeta, lo que habrá que concretarse es en qué medida la estipulación en cuestión resulta contraria a aquél estándar jurídico, argumentación que no contiene el motivo, más allá de consideraciones generales sobre la lealtad contractual. [...] Repetimos una vez más que la cláusula suelo en sí misma no es contraria a la buena fe [...]*”.

También vinculando el control en contratos entre empresarios con el art. 1258 Cc, SSAP de Murcia, de 16 de junio de 2011 [JUR\2011\265639] y de Cuenca, de 30 de julio de 2013 [AC\2013\1667]. En el primer caso, remite al art. 1258 Cc para el control de buena fe y desequilibrio que señala la Exposición de Motivos de la LCGC, aunque concluye que la concreta cláusula penal del contrato de mantenimiento de ascensores no genera un desequilibrio entre las entidades contratantes y que no queda probada la existencia de monopolio u oligopolio en el mercado. La AP de Murcia, por tanto, acepta el control de contenido sobre la base de la buena fe del art. 1258 Cc pero considera que no se dan los presupuestos para ello en el caso concreto. En la segunda resolución, cuyo objeto es una cláusula suelo en un préstamo hipotecario entre empresarios, la AP de Cuenca revoca la sentencia de instancia –que había concluido la nulidad de la cláusula en virtud de los arts. 8.1 LCGC y 1258 Cc, por entenderla “*contraria a la buena fe al beneficiar, según criterios económicos, tan solo al banco sin que exista un beneficio correlativo para el cliente generando un desequilibrio en las prestaciones en perjuicio del actor*”– pero no tanto negando la posibilidad del control como porque la licitud de estas cláusulas ha sido reiteradamente afirmada, con carácter general, en relaciones con consumidores, conclusión “*perfectamente extensible a las relaciones entre profesionales en lo que se refiere a la improcedencia de establecer un control de abusividad sobre el equilibrio económico en las cláusulas de limitación de tipo de interés [...]*”, y sin que en el caso concreto se pueda observar ningún problema de transparencia (a través del control de incorporación) pues se dice acreditar el “*conocimiento que tuvo la demandante a la suscripción de las escrituras públicas de subrogación y la póliza intervenida por el notario, la lectura y firma de dichos instrumentos públicos y sobre la claridad y precisión de la redacción de las cláusulas que nos ocupan*”. Volveremos sobre las cláusulas suelo y el control de transparencia material, a nuestro juicio aplicable también a los contratos entre empresarios, en su caso (*vide infra*, pp. 628 y ss.).

contraria al art. 1255 Cc, *“sino también en base al art. 1258 Cc”* ya que la buena fe contractual implica que se haya dado consentimiento sobre todos los elementos del contrato y esto no ocurre en el caso de que las condiciones generales incluyan cláusulas abusivas de exoneración de responsabilidad y correlativa limitación de los derechos del asegurado, *“lo que debe llevar a entender nula dicha cláusula, pues aun tratándose de una póliza colectiva no excluye el carácter abusivo de la misma”*.

Más rotunda y específica es la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 27 de junio de 2012 [TOL 2.635.994], conociendo de un contrato de mantenimiento de ascensores entre dos mercantiles, en el marco del que declara la nulidad de sendas cláusulas de duración y cláusula penal para el caso de resolución unilateral por desproporcionadas e injustificadas: *“[...] al margen de la legislación en materia de consumo, supone su nulidad conforme al Cc al vulnerar el justo equilibrio de las prestaciones que regula su art. 1258 debiendo tenerse por no puestos pero debiéndose integrar el contrato por nuestra parte y moderando los derechos y obligaciones de las partes”*.

Pero si hay una resolución que presenta un gran interés en esta cuestión es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 30 de diciembre de 2010 [JUR\2011\68753]. En este supuesto de hecho –un contrato de mediación inmobiliaria para el traspaso de un local de negocio- la cláusula controvertida dispone que, en caso de que la parte adquirente se volviera atrás, la señal (arras penitenciales) será repartida entre la parte cedente y la inmobiliaria (en la práctica, la inmobiliaria dará al cedente la cantidad de las arras descontando su comisión). El fallo determina que no hay ninguna duda de la validez de la misma sin que pueda, para valorar este aspecto, aplicársele la normativa sobre consumo. Sin embargo, lo realmente trascendental es que configura de forma expresa y sin ambages la buena fe contenida en el artículo 1.258 Cc como un verdadero control de contenido específico al que someter las condiciones generales del contrato entre empresarios e incluso aporta una serie de criterios a tener en cuenta. Así, sostiene que

*“Por consiguiente cuando nos hallamos ante los contratos celebrados por una persona física o jurídica que actúa con un propósito que no es ajeno a su actividad empresarial o profesional, como sucede en el presente caso, donde el empresario demandante que explotaba el negocio de hostel contrató con la inmobiliaria demandada el traspaso de dicho local de negocio, lo correcto será someter las*

*condiciones generales del contrato realizado entre tales empresarios, no al control del TRLGDCU, que no le es aplicable, sino a un control de contenido específico de conformidad a la buena fe del artículo 1.258, siguiendo la sugerencia de la exposición de motivos de la ley de Condiciones Generales de la Contratación, control en el cual se valorarán, entre otras circunstancias, si se ha generado el contrato en el ámbito de actividad habitual del empresario adherente.”*

Los criterios que tiene en cuenta el Tribunal para determinar si hay contrariedad a la buena fe son tres y no desconocidos para nosotros: la posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente; la ajeneidad del contrato realizado del ámbito normal de contratación del adherente; la transparencia en la predisposición de las condiciones generales. A la vista de los hechos probados, el contrato objeto de juicio –traspaso de local de negocio con ánimo de lucro- no es ajeno a la actividad empresarial del adherente sino propio de la misma, no existe acreditada ninguna posición de monopolio u oligopolio y no puede considerarse que la cláusula puesta en duda sea sorpresiva sino frecuente y usual en este tipo de negocios. A esto se suma que tampoco pueda alegarse falta de reciprocidad y proporcionalidad en la medida en que lo que se pactó en dicha cláusula es que las arras entregadas por el adquirente que después se volviera atrás en el contrato de traspaso celebrado serían repartidas entre el cedente y la inmobiliaria, a razón de la mitad cada uno, en compensación de gastos y perjuicios a ambos producidos.

Dos de estos parámetros –la posición de dominio y la ajeneidad del contrato respecto del sector habitual- fueron utilizados por nosotros en la primera parte del Capítulo I para delimitar los casos de empresarios adherentes susceptibles de ser protegidos por un control de contenido por ostentar una posición débil respecto del predisponente. En cuanto al requisito de la transparencia, volveremos sobre él en el apartado siguiente para ubicarlo como una de las implicaciones de la buena fe –junto con el equilibrio de obligaciones y derechos-.

En todo caso, lo que revela este elenco de resoluciones es que la búsqueda de protección para los empresarios adherentes no es una controversia meramente teórica. Ante este escenario jurisprudencial, nos parecen acertadas varias afirmaciones. Por una parte, se constata que no es del todo ajena a los tribunales la idea de que es necesario un control de contenido en los contratos predispuestos también en el caso en el que ambas partes sean

empresarios, al menos en algunos pronunciamientos. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que a estas resoluciones deben sumarse todas aquellas otras que, a nuestro juicio erróneamente, aplican la legislación de consumidores a los contratos entre empresarios pero que lo hacen, precisamente, porque consideran que es necesario un control. Por otro lado, resulta claro el carácter imprescindible de la buena fe objetiva como pilar fundamental en la configuración de tal control. Ahora bien, aunque es cierto que la buena fe prácticamente en todos los casos es una de las directrices -e, incluso, la principal-, la escasez de pronunciamientos en este sentido y su insuficiente desarrollo nos impiden obtener una pauta, un común denominador, que pudiera servir de fundamento para decisiones posteriores y que, de esta forma, asentara la tan necesitada vía de control en los contratos entre empresarios.

Con carácter previo a concretar la aplicación práctica de la buena fe como instrumento de control material, debemos pararnos a completar la argumentación teórica que, pensamos, la respalda. Superado el obstáculo que podría representar el respeto al principio de *pacta sunt servanda* y destacadas las cualidades de la buena fe del art. 1258 Cc como regla de control material, resta un razonamiento que permita concluir el encaje de este planteamiento en nuestro ordenamiento jurídico, pues la realidad es que ni la LCGC ni, posteriormente, el TRLGDCU han configurado un control de contenido específico fuera de los contratos de consumo. ¿Quiere esto decir que una protección del empresario adherente en este sentido chocaría frontalmente con la orientación de nuestro ordenamiento? A nuestro juicio, no. En apoyo de esta respuesta señalamos dos ideas que nos parecen indiscutibles y que eliminan la aparente contraposición con lo dispuesto por el legislador: por un lado, que la LCGC defiende la protección del adherente y, por otro, que esta protección, en el caso de los empresarios adherentes y del control de contenido, tiene que llevarse por la vía de las normas imperativas, entre las que se encuentra la buena fe del art. 1258 Cc.

En cuanto a lo primero, estamos de acuerdo en que en el artículo 8.1 LCGC se ha visto la intención clara del legislador de dejar fuera del control de contenido previsto para los consumidores a los contratos entre empresarios. Éstos solo tendrán como opción recurrir a las normas generales imperativas o prohibitivas o, como dice la Exposición de Motivos, a las normas generales de nulidad contractual. Pero esto no quiere decir que el legislador considerara que los adherentes empresarios no eran merecedores de ningún tipo de tutela – nos referimos a la que representa el control material- sino que ésta tiene que ser diferente de



la prevista para los contratos con consumidores y construirse fuera de la LCGC a partir de las normas generales de obligaciones y contratos.

En este sentido, el artículo 8.1 LCGC, aunque repite lo obvio –indisponibilidad del Derecho *ius cogens*- y cumple la función de dejar clara la inaplicación de la cláusula general de la buena fe y equilibrio del siguiente apartado a los no consumidores, también recuerda su carácter de norma protectora del adherente frente al predisponente, al especificar que serán nulas las cláusulas vía artículo 8.1 LCGC cuando la contravención sea “*en perjuicio del adherente*”. La doctrina ha entendido tradicionalmente que esa mención sirve para reforzar el hecho de que el predisponente no puede invocar la infracción de las reglas de incorporación ni de nulidad<sup>1531</sup>, pero también es una mención que recuerda que la Ley es imperativa y que tiene como finalidad proteger a los adherentes en la contratación mediante condiciones generales. El artículo 8.1 descarta una protección equivalente a la de los consumidores pero nos permitiría aplicar las normas generales de obligaciones y contratos con un planteamiento más vinculado a la protección del adherente.

Esta idea del adherente empresario como susceptible de ser objeto de abusos, como sabemos, se repite y desarrolla en la Exposición de Motivos de la norma que parece que viene a reconocer una suerte de control de contenido sujeto a unos términos similares al de los consumidores e incluso una cierta aplicación del listado ejemplificativo de cláusulas abusivas<sup>1532</sup>. Somos conscientes de su falta de valor normativo directo y, de hecho, por ello negamos en su momento la posibilidad de extrapolar la aplicación del control de contenido previsto en la LCGC para los consumidores a los empresarios adherentes así como la eficacia directa del listado de cláusulas abusivas. Pero eso no impide que sí tenga un cierto valor interpretativo en la línea de reconocer la existencia de situaciones en las que el empresario adherente también puede verse afectado por el especial procedimiento de contratación que se da en las condiciones generales, aunque remita a las normas generales para su solución.

---

<sup>1531</sup> Sobre el significado de la expresión “*en perjuicio del adherente*” en el artículo 8.1 LCGC, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 430; BERCOVITZ, R., “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 262.

<sup>1532</sup> Recordamos expresiones tales como “*no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de la nulidad contractual*”; “*nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales*” o “*solo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley*”.

Y en las normas generales es donde se ubica el artículo 1.258 Cc. Su texto hace referencia a dos tipos de fuentes del contrato: por un lado, autónoma, proveniente de la voluntad de los contratantes; por otro lado, heterónomas, atendiendo a las consecuencias que “*según su naturaleza*” sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Esto quiere decir que obliga tanto a una cosa como a la otra. Ya hemos visto su aplicación en su función de integración, imponiendo deberes a las partes aun incluso con independencia de su voluntad. Pero, como habíamos dejado apuntado y siguiendo a MIQUEL, podemos dar un paso más y preguntarnos acerca de la posibilidad de que la buena fe actúe como límite a la autonomía de la voluntad. En el caso de que lo dispuesto por una cláusula sea contrario a las consecuencias derivadas de la buena fe, ¿qué prima?

El hecho de que el art. 1258 Cc recoja en principio una regla de integración del contenido del contrato y no de nulidad del mismo, no impide que alguna de las consecuencias de su aplicación, tal y como reza su texto, conlleven un efecto de mayor alcance que el integrativo. La injerencia positiva en el contrato que supone la introducción de deberes adicionales para las partes conformes a la buena fe se respalda en el carácter imperativo de la misma y se hace respetando lo expresamente dispuesto por la autonomía de la voluntad de las partes. Pero en los contratos predispuestos, la autonomía de la voluntad hay que entenderla de un modo distinto, con un peso necesariamente menor. En estricta aplicación del art. 1258 Cc –el contrato obliga al cumplimiento de lo pactado y también a las consecuencias conformes a la buena fe, usos y ley- puede darse una contradicción entre contenidos que provengan de distintas fuentes –autónoma y heterónomas-. Esa contradicción solo puede resolverse dando prioridad a una de ellas, es decir, eliminando la otra. Y, en el caso de que la fuente heterónoma sea la buena fe y la autónoma esté “degradada”, desde luego que no nos parece que pueda ser aquélla la eliminada en la medida en que representa un principio general del Derecho indisponible para las partes, en la medida en que es fuente de normas objetivas. En un contrato no negociado en el que la voluntad de las partes se diluye –en el sentido de que se sustituye en cierto modo por la sola voluntad del predisponente, que hace uso de su derecho a determinar el contenido del contrato y también del derecho ajeno del adherente- se nos hace difícil sostener la afirmación de que una cláusula que sea contraria a la buena fe sea válida por encima de este principio general del Derecho. De esta forma, el hecho de que el contrato obligue a “lo

conforme a la buena fe” pasa de tener un sentido integrativo a implicar un límite en los contratos fruto de un déficit de la autonomía de la voluntad<sup>1533</sup>.

Efectivamente, si estamos ante un contrato no negociado, la fuente autónoma, es decir, la autonomía de la voluntad de las partes –bilateral- tiene indudablemente una menor importancia en la medida en que el contenido del contrato o de la cláusula ha sido predeterminado por una sola de las partes y sin la participación de la otra. Así las cosas, tiene sentido que ante una “devaluación” de la fuente autónoma, las fuentes heterónomas aumenten su peso en relación con el contenido del contrato, en este caso, como límite al mismo. Por ejemplo, en un contrato negociado, ante una oposición entre la cláusula y la ley (en el sentido de Derecho dispositivo) tendría prioridad lo pactado por las partes aunque desplace a la norma. Esto sería también así con el Derecho vigente en la mano en contratos no negociados entre empresarios, porque la LCGC expresamente remite el control material en estos casos a las normas imperativas y, por lo tanto, excluye implícitamente que el Derecho dispositivo pueda ser en sí un límite al contenido. Sin embargo, como sabemos, nuestra Propuesta de Modernización sí que introduce en contratos mediante condiciones generales una presunción de abusividad de aquellas cláusulas que se separen de lo dispuesto por el Derecho dispositivo (art. 1262.4 PM). Es decir, apuesta por esta idea de que el Derecho dispositivo no es tan dispositivo cuando no hay una plena autonomía bilateral de la voluntad.

Esta búsqueda de una fórmula de control para luchar contra los abusos que se pudieran cometer en la contratación adhesiva mercantil a través de la ampliación del supuesto de hecho de una norma, no supone realmente una vulneración de la necesaria vinculación del Juez al Derecho porque esta vinculación hay que entenderla, no de forma rígida a la Ley si no como una vinculación al Ordenamiento Jurídico en su conjunto y al sistema social al que se debe y para el que ha establecido sus previsiones<sup>1534</sup>. La actuación del Juez no solo tiene

---

<sup>1533</sup> Es más, las implicaciones que se pueden llegar a deducir del papel de esta figura son mayores en los contratos predispuestos, pues hay más riesgo de que se incluyan pactos contrarios a la buena fe en un contrato no negociado que en un contrato en el que sí ha habido negociación. Nos parece interesante traer a colación las palabras de JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La renuncia de derechos...”, op. cit., p. 521 cuando señala que las exigencias de la buena fe adquieren matices característicos allí donde la imposición de contenidos realiza un perjuicio sistemático del interés de una de las partes contratantes.

<sup>1534</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial...”, op. cit., pp. 316 – 317. Con una visión más estricta, Díez-Picazo subraya la necesaria vinculación de los jueces con las leyes y las fuentes del Derecho y cómo esto se ve afectado por lo que denomina la “*tradición justiciera de nuestros jueces*”, es decir, la idea de que los jueces deben hacer justicia antes y por encima de aplicar mecánicamente las leyes y el Derecho (DÍEZ-PICAZO, L., “La justicia y el sistema de fuentes del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 205 y ss.).

sentido para interpretar las leyes o colmar lagunas legales, sino también para dar forma a nuevas ideas jurídicas que hayan podido ser “*insinuadas*” en la propia ley, que no estaban presentes en el plan originario de esta ley o incluso que eran contrarios a él, y cuya realización por parte de la jurisprudencia rebasaría y modificaría, por tanto, el mismo<sup>1535</sup>. Obvio es que este desarrollo debe estar, en todo caso, en consonancia con los principios directivos de todo el orden jurídico. LARENZ, autor al que pertenece la idea anteriormente señalada, hace referencia a la posibilidad de que esta extensión se haga “*atendiendo a un principio ético-jurídico*”, cuando nos encontramos ante un caso “*que no puede ser solucionado de un modo que satisfaga la conciencia jurídica con los medios de la interpretación legal y de un desarrollo del Derecho inmanente a la ley, o bien una serie de tales casos*”, ilustrando, entre otros, con el ejemplo de la buena fe contenida en el §242 BGB, punto de partida de diversas doctrinas”<sup>1536</sup>. Este autor señala como condición previa de dicho desarrollo del Derecho superador de la ley la existencia de una cuestión que exija una respuesta jurídica pero que no pueda ser resuelta ni por la vía de una simple interpretación de la ley ni a través de un desarrollo inmanente de la misma<sup>1537</sup>. Como límite, se fija el punto en el que ya no sea posible una respuesta sobre la base de consideraciones jurídicas, esto es, teniendo en cuenta todo el orden jurídico vigente.

Pues bien, la desprotección ante la que se encuentran los empresarios adherentes en el ordenamiento jurídico español es, en lo que a nosotros alcanza, un supuesto perfectamente reconducible a esta situación en la medida en que la ausencia de una vía de control de contenido da lugar a la existencia de una cuestión ciertamente relevante pero sin respuesta expresa en los textos legales. No en vano, recordamos, esta falta de extensión del control material más allá de los contratos con consumidores ha sido calificada como un desacierto político por una gran parte de la doctrina en la actualidad, opinión a la que nos sumamos por los argumentos ya expuestos en la parte inicial del trabajo. Ni las labores de interpretación ni de desarrollo inmanente de la ley permiten, como hemos tenido ocasión de estudiar, ofrecer una respuesta satisfactoria a esta necesidad de tutela. Necesidad que, sostenemos, sí que podría ser resuelta sobre la base de un desarrollo de la buena fe del artículo 1.258 Cc más allá de su sentido literal pero, a la vez, teniendo en cuenta consideraciones estrictamente jurídicas, como propuso MIQUEL. Esta idea de desarrollo

<sup>1535</sup> Acerca del desarrollo del Derecho, LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pp. 359 y ss., en especial, 410 y ss.

<sup>1536</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 410 y ss.; 424 – 425. LARENZ hace referencia al desarrollo del Derecho superador de la ley atendiendo a las necesidades del tráfico, a la naturaleza de la cosa y a un principio ético-jurídico.

<sup>1537</sup> Para LARENZ el desarrollo del Derecho inmanente a la ley es el derivado de la aplicación de la analogía (*ibidem*, op. cit., pp. 363 y pp.)

“*más allá del plan de la ley*” es la que nos permitiría construir un puente entre la reconocida función de integración del 1.258 y una potencial función de control, aprovechando la proximidad de ambas figuras. Proximidad en tanto en cuanto ambas representan, aunque con distinta intensidad, una suerte de injerencia en lo acordado por las partes. Volvemos a traer a colación la idea de que el “plus” que representa la función de control respecto de la de integración del 1.258 se ve justificado, precisamente, por la falta de acuerdo -en su sentido más pleno- que se da en este ámbito. Así, la extensión pretendida no afectaría a la coherencia del ordenamiento jurídico porque la razón para tal intervención –las particulares características de la forma de contratación que nos ocupa- está claramente presente también en la contratación por adhesión entre empresarios<sup>1538</sup>. Como dijimos al analizar la (no) posibilidad de analogía, la finalidad de la LCGC no se vería alterada por la aplicación de la buena fe del art. 1258 Cc como control de contenido.

Al respecto del desarrollo judicial del Derecho superador de la ley en relación con el control de contenido de las condiciones generales del negocio, son elocuentes las palabras del ya referido autor alemán, LARENZ<sup>1539</sup>, para quien la justificación a tal control se encuentra en el principio de libertad: “*Se trata al respecto de la restricción de una libertad contractual, sólo formalmente entendida, a favor de un mínimo de justicia contractual material. La restricción se justifica por el hecho de que también la libertad contractual, como principio ético-jurídico, sólo se puede justificar el tiempo que ambas partes contratantes están en situación, al menos típicamente, de proteger igualmente sus intereses respecto a la conclusión del contrato. Esta situación no consiste precisamente en utilizar típicamente las condiciones generales del contrato. Aquel que utiliza condiciones generales del contrato determina solamente su contenido; el otro, el cliente de quien las utiliza, no está en situación de ejercer influencia sobre él en la mayoría de las veces; sólo le queda la aceptación global o la renuncia a una conclusión del contrato. Existe el peligro de que quien utiliza las condiciones las establezca unilateralmente en provecho propio y de que el cliente sea inicuamente perjudicado por ellas*”.

En este sentido, pensamos que nada habría que reprochar a la utilización por parte de los Tribunales de un control de contenido sobre la base de la buena fe del artículo 1.258 Cc pues está en consonancia con aquél. Lo respaldan principios generales del mismo -como la libertad o la buena fe- y sería la mejor forma de dar cumplimiento a esa remisión a las normas generales del legislador en la Exposición de Motivos respecto a la protección de los

<sup>1538</sup> Otra cuestión, como sabemos, es su intensidad.

<sup>1539</sup> LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pp. 424 – 425.

empresarios en la contratación mediante condiciones generales. En rigor, estaríamos ante un desarrollo del Derecho “*extra legem*” –rebasaría la función integrativa propia de este precepto- pero “*intra ius*” –se mantendría dentro del marco del ordenamiento jurídico y de sus principios<sup>1540</sup>.

## II. INTENTO DE CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE BUENA FE. LA BUENA FE, LA TRANSPARENCIA Y EL EQUILIBRIO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

Hasta aquí, hemos llamado la atención acerca del carácter indeterminado de la buena fe<sup>1541</sup> y su aptitud para ser fuente de soluciones jurídicas adecuadas a la cambiante realidad. Hemos defendido y justificado la necesidad de un desarrollo de la misma a partir del artículo 1.258 Cc. Se comprenderá, sin embargo, que este desarrollo de la buena fe por parte de los tribunales no se está planteando sin ningún tipo de control. Una cosa es que la formulación legal de la buena fe como una especie de cláusula general, abierta, permita al juez determinar en cada caso concreto el principio en función de las circunstancias y otra, como apunta MIQUEL<sup>1542</sup>, que este principio sea coartada para que el juez simplemente sustituya el Derecho escrito por su arbitrio y evitarse, así, razonamientos más complejos o aplicar su sentimiento personal de justicia, peligro que hay que evitar.

Al hilo de la citada obra de WIEACKER acerca de las funciones de la buena fe contenida en el § 242 BGB, DÍEZ-PICAZO<sup>1543</sup> evidencia los problemas que podría plantear la idea del principio de buena fe como una vía de introducción de un Derecho judicial que supusiera una desviación o ruptura del Derecho legal o legislado: además de otras consideraciones, para diferenciar este Derecho judicial de la simple “*justicia del cadí*” es necesario que este Derecho tenga “*un pasado y un futuro*”, lo que se traduce en una cierta uniformidad, unos fundamentos homogéneos y una proyección hacia el futuro “*como criterio directivo que sea seguido por los particulares destinatarios de las normas y, de alguna manera, como línea de actuación por el subsiguiente Derecho judicial*”. Se impone, así, una sistematización de las soluciones obtenidas a partir de la aplicación de este

---

<sup>1540</sup> Aludiendo a esta idea de desarrollo “*extra legem*” pero “*intra ius*”, vid. LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pp. 410.

<sup>1541</sup> Como decía ALGUER, J., “El concepto de la buena fe...”, op. cit., p. 507, “*la buena fe es una de tantas nociones cuya elasticidad es tal, de poderse afirmar que todo el mundo la conoce, pero que nadie la conoce con precisión*”.

<sup>1542</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Voz Buena fe...”, op. cit., p. 831. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., p. 65., afirma la necesidad de poner un dique al arbitrio judicial porque “*lo que no es en ningún caso la regla que ordena cumplir las exigencias de la buena fe o comportarse de acuerdo con ella es una puerta abierta al más absoluto arbitrio judicial*”.

<sup>1543</sup> DÍEZ-PICAZO, L., “Prólogo...”, op. cit., 17.

principio para disminuir la incertidumbre que puede provocar una cláusula general<sup>1544</sup>. Cuanto más amplio sea el campo de decisiones, más se afinará en la labor de delimitar la forma de aplicación de este concepto indeterminado, siendo conscientes, a la vez, de que su carácter de cláusula general siempre obliga al estudio a permanecer en un cierto grado de indeterminación<sup>1545</sup>.

Existe un cierto número de resoluciones que se pronuncian acerca de la buena fe como norma de control material pero, en general, como hemos visto, con escasa profundidad en los argumentos que utilizan. Es complicado así establecer un estudio comparativo para llegar a fijar una pauta de aplicación de la buena fe en el ámbito que nos ocupa y más cuando en muchos casos existe una mera alusión a la buena fe sin un desarrollo ulterior<sup>1546</sup>.

¿A qué obliga en materia contractual realmente la buena fe? Del análisis de la doctrina<sup>1547</sup> y la jurisprudencia<sup>1548</sup>, se pueden extraer una serie de criterios o consecuencias que se derivan de la buena fe en materia contractual con la siguiente formulación general:

<sup>1544</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 7.1...”, op. cit., p. 47.

<sup>1545</sup> De nuevo, sobre las cláusulas generales, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial...”, op. cit., pp. 298 y ss.

<sup>1546</sup> Al respecto recogemos las palabras de LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato...”, op. cit., p. 78, autor que pide a los tribunales algo más que una mera invocación de la buena fe como principio general sin precisar los extremos en que fundamenta sus resoluciones.

<sup>1547</sup> Junto con las definiciones y anotaciones que se han ido haciendo a lo largo del texto, señalamos algunas otras: “*Es contrario a las exigencias de la buena fe, dado un determinado procedimiento contractual en el que el consumidor no puede influir, que la regla contractual no responda a sus razonables expectativas de equilibrio de derechos y obligaciones, lo que sucederá si contradice las ideas fundamentales de la regulación legal o pone en peligro la obtención del fin del contrato*” (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, Tres”, en MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 934); “*El deber de buena fe como fuente de integración contractual ex art. 1258 del Cc, que obliga a las partes a respetar el contenido contractual que, de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato, la otra parte podía legítimamente esperar*” (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión...”, op. cit., p. 1641); “*Las razones de la buena fe contractual desembocan, pues, en un orden primario. Cuando se pretende un equilibrio contractual “conforme a la buena fe” [...], se quiere precisamente aquella razón esencial del intercambio*” (JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, II, abril – junio, 2007, p. 520); “*Obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable*” (BIANCA, M., *Derecho civil. El contrato*, 2ª ed., traducida por HINESTROSA, F.; CORTÉS, E., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, p. 527).

<sup>1548</sup> Junto a las resoluciones que hemos venido mencionando y entre otras muchas similares, podemos citar la STS de 26 de mayo de 1986 [RJ\1986\2823] (se entiende contraria a la buena fe y la equidad y, por tanto, injusta, una cláusula que refleja una desigualdad entre las partes que coloca a una de ellas en situación de dependencia de la empresa); STS de 26 de octubre de 1995 [RJ\1995\8349] (“*el principio de buena fe del 1258 Cc obliga a no frustrar el fin del contrato*”); STS 13 de abril de 2004 [RJ\2004\2619]; STS de 15 de noviembre de 2006 [RJ\2006\8056] (buena fe entendida como confianza, comportamiento coherente); STS de 12 de julio de 2002 [RJ\2002\6047] (“*la buena fe a la que se refiere el art. 1258 Cc es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal [...] supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena [...] de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida [...] impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida*”).

- La buena fe obliga, en primer lugar, a un comportamiento leal, conforme a lo esperable, a las expectativas de las partes contratantes. Es indudable la conexión de esta idea con la de transparencia, tan presente y repetida en la contratación mediante condiciones generales.
- La buena fe obliga, también, a considerar los intereses legítimos de la contraparte. Evidentemente, entra dentro de lo normal perseguir los intereses propios -pues para ello las partes se involucran en contratos- y también que de un contrato se deriven más beneficios para una de las partes -más poder de negociación, mejor posición, etc.-. Pero esto no puede llevarse al extremo de perjudicar en exceso a la otra parte, es decir, de que el contratante quiera aprovecharse más de lo que sería lógico o proporcionado de su posición en el negocio jurídico.

De hecho, un límite último a esta desproporción o desequilibrio exagerado vendría representado por otra de las consecuencias de la buena fe: no pueden admitirse cláusulas que hagan perder la virtualidad al contrato como mecanismo para alcanzar la finalidad común que ambas partes perseguían al concertarlo<sup>1549</sup>.

La buena fe obliga a los contratantes a comportarse siguiendo estas pautas en todo tipo de contratos, es decir, también en aquellos en los que las partes se encuentren en posición de igualdad y negocian libremente el contenido del contrato. Por eso se puede decir que en el ámbito de las condiciones generales, en el que el predisponente tiene una clara posición de superioridad respecto del adherente y en el que es el encargado de redactar el contenido del

---

*efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos”); STS de 8 de abril de 2011 [RJ\2011\3153] (limitaciones a la autonomía de la voluntad “que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –art. 1258 Cc-“ [...] “con lo que se trata de evitar que se produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributiva [...] cláusula abusiva porque no mantiene una reciprocidad real y equitativa de las obligaciones asumidas por ambos contratantes”). También aplicaciones concretas: STS de 12 de julio de 2002 [RJ\2002\6047] ( “no se ha infringido el 1258 Cc [...] porque el vendedor se ha dado al contrato cumplida y adecuada efectividad en relación con el fin concreto propuesto [...] sin que en modo alguno quepa desorbitar el alcance de lo estipulado, que podría romper el justo equilibrio de las prestaciones en juego”); SAP de Madrid de 30 de noviembre de 2010 [JUR\2011\108209] (“la buena fe consiste en no aprovechar situación de superioridad, no tener que sortear continuas trampas contractuales, que sea razonablemente previsible según la naturaleza del negocio [...]”).*

<sup>1549</sup> Dice en este sentido ROCA GUILLAMÓN, J., “Comentario al artículo 1258...”, op. cit., p. 460, que “cabe preguntarse en este punto por la medida del equilibrio que parece que debe buscarse desde luego, en primer lugar, en la existencia misma de una causa de la atribución, de manera que si ésta aparece desfigurada como consecuencia de tal desequilibrio, habrá que considerar nulos los pactos que lo hayan producido”.



contrato, estas directrices cobran un mayor valor: hay un mayor riesgo de que el contenido del contrato no sea transparente y de que trabaje para los intereses de una de las partes sin tener en cuenta a la otra, alterando en exceso una estructura equilibrada del negocio jurídico y, en especial, alterándola con la justificación de que prevalezca el solo interés del predisponente a costa del interés del adherente<sup>1550</sup>.

Veamos por separado las dos formulaciones generales y posibles supuestos concretos en los que la buena fe del art. 1258 Cc puede jugar un papel de norma de control en contratos predispuestos entre empresarios. Antes, debemos recordar que no todo empresario adherente es susceptible de ser protegido y de ahí que, entremezclados con la argumentación acerca del deber de transparencia y de equilibrio de derechos y obligaciones, haya que tener en cuenta los ya conocidos parámetros de la fuerza relativa de predisponente y adherente y el sector en el que se enmarca el contrato en concreto. Para que proceda un control de contenido, por tanto, deberán darse primero los presupuestos para ello –falta de transparencia/falta de equilibrio, valoradas a la luz de la posición del adherente empresario–

La **transparencia** en la predisposición de las condiciones generales es uno de los criterios que la ya citada sentencia de la AP de Salamanca de 30 de diciembre de 2010 [JUR\2011\68753] propone para determinar la contrariedad con la buena fe en un contrato predispuesto entre empresarios, de forma conjunta con la ajeneidad del contrato realizado del ámbito normal de contratación del adherente y la posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente. Además, de modo separado, analiza la proporcionalidad de la cláusula<sup>1551</sup>.

Para nosotros, como hemos dicho, la transparencia, más que un tercer parámetro para valorar la necesidad de protección del adherente, es realmente una consecuencia directa de la buena fe al mismo nivel o junto con el deber de un cierto equilibrio o valoración de los

<sup>1550</sup> Aunque se trata de una afirmación respecto a la buena fe en sede de protección de consumidores, pensamos que la esencia de la idea también podría ser trasladable aquí: una cláusula puede ser contraria a la buena fe si, de forma leal y equitativa, no se podía razonablemente estimar que la contraparte aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 de marzo de 2013 [TJCE\2013\89], STS de 9 de mayo de 2013 [RJ\2013\3088]).

<sup>1551</sup> Recordamos que, en este caso –cláusula de arras en un contrato de mediación inmobiliaria– no se entiende que la cláusula sea contraria a la buena fe porque no se trata de un ámbito extraño al normal de la contratación del adherente, no existe posición de monopolio u oligopolio por parte del predisponente, no hay un déficit de transparencia pues no se trata de una cláusula sorpresiva sino frecuente en este tipo de negocios y, por último, tampoco es desproporcionada.

Por su parte, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión...”, op. cit., pp. 1657 – 1658 señala estos mismos elementos valorativos.

intereses legítimos de la contraparte. Como señalábamos arriba, la buena fe en este ámbito obliga, en esencia, a un comportamiento conforme a las expectativas (transparencia) y a tener en cuenta los legítimos intereses de la contraparte (cierta proporción o reciprocidad). Al fin y al cabo, que una cláusula sea transparente no supone que sea proporcionada o al revés. La transparencia, como resultado de la buena fe, implica no tanto la posibilidad formal de conocer el contenido del contrato –que vendría protegida por el control de incorporación- como la comprensibilidad real, en referencia a cláusulas que, aprovechando la dinámica de formación del contrato predispuesto, puedan ir contra la regulación que cabría esperar del contrato por parte del adherente<sup>1552</sup>. Habrá que estar a su nivel de entendimiento, de experiencia y a la práctica contractual empresarial, circunstancias que se pueden deducir del conocimiento del sector en el que se contrata y de la posición relativa del adherente respecto del predisponente. Más que a las características del mercado (monopolio, competencia) nos referimos aquí a las propias del adherente en el sentido de capacidad para suplir a través del asesoramiento la debilidad de su posición en el contrato y, en su caso, de su desconocimiento del sector<sup>1553</sup>.

Una cláusula que ha generado multitud de resoluciones recientemente es la llamada cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario. Ha sido declarada nula en contratos de consumo, pero no como resultado de la aplicación de un control de contenido –se trata de una cláusula vinculada a un elemento esencial del contrato y sobre la que no cabe, por lo tanto, tal control- ni de un control de incorporación, sino por no pasar el filtro de la transparencia necesaria que se le exige a este tipo de cláusulas: en los casos en que se ha declarado la nulidad se ha hecho porque no se había dado a conocer al adherente *“tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”* (STS de 9 de mayo de 2013 [RJ\2013\3088])<sup>1554</sup>. Sin embargo, no ha ocurrido en general lo mismo en contratos entre

---

<sup>1552</sup> De igual modo tienen que hacer los tribunales alemanes, recordemos, en la aplicación de la *“Transparenzgebot”* a través de los *“geltenden Gewohnheiten und Gebräuche”* en virtud del § 310 I BGB.

<sup>1553</sup> El art. 5.c del Proyecto de LCGC de 1997, que recogía expresamente un control de transparencia que se eliminó en la posterior tramitación de la norma, recurría como criterios para valorar si una cláusula era insólita a las circunstancias y, en especial, a la naturaleza del contrato.

<sup>1554</sup> También, la STS de 8 de septiembre de 2014 [RJ\2014\4660] incluye este control de transparencia *“como parte integrante del control general de abusividad”* (aunque en otro momento posterior, parece aproximarle al control de *“transparencia formal o documental”*, es decir, al de incorporación). Al respecto, y aunque siempre en el ámbito del Derecho de consumo (y las cláusulas suelo), cabe señalar la STJUE en una resolución posterior a la de nuestro TS de 9 de mayo de 2013 (la que estableció el control de transparencia como un control material distinto del de incorporación). La STJUE de 30 de abril de 2014 [TJCE\2014\105],

empresarios pues la condición de no consumidor del adherente le impide beneficiarse de la interpretación protectora de esta sentencia del TS pues solo le es aplicable el primer filtro que representa el control de incorporación pero no el de “*transparencia sustantiva*”, como control autónomo entre aquél y el de contenido (no aplicable este último en ningún caso, como decíamos, por tratarse de un elemento esencial del contrato)<sup>1555</sup>.

Encontramos, no obstante, alguna jurisprudencia menor que sí que falla a favor de la nulidad de una cláusula suelo insertada en un contrato de préstamo en el que el adherente no tiene la cualidad de consumidor –con matices, como veremos-. Es el caso de la AP de Cáceres en sus sentencias de 3 de junio de 2013 [AC\2013\1488] y de 26 de febrero de 2014 [AC\2014\458]. Aunque se señala que el examen de la cláusula debe hacerse desde la perspectiva de la LCGC y no desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios, la conclusión es que la

---

al hilo de varias cuestiones prejudiciales, si bien dota del mismo contenido que el TS a este deber de transparencia, en el sentido de que implica la posibilidad de prever todas las consecuencias de la cláusula en concreto, no habla de dos controles de transparencia (uno formal, dentro del control de incorporación y otro material, cercano al de abusividad) sino de uno solo, pues la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva 93/13) “*se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida [...]*”. Previamente, había asimilado el alcance de este art. 4.2 Directiva (para el caso de elementos esenciales) con el art. 5 del mismo texto (control de incorporación general). Sin embargo, después, habla en términos de “abusividad” de la cláusula y no de “no incorporación” de la misma. CÁMARA LAPUENTE, S., *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, Ponencia dictada en la Academia Matritense del Notariado, 26 de marzo de 2015, clarifica estas distintas opciones distinguiendo tres posibilidades: entender que ese deber de transparencia se sitúa en el ámbito del control de incorporación, con lo que la consecuencia sería la no incorporación de la cláusula (postura que defiende el autor); entender que se sitúa próximo al control de contenido, lo que llevaría a declarar la cláusula abusiva directamente (solución del Tribunal Supremo); solución intermedia (que es la que presumiblemente adopta el TJUE) y que pasa por no considerar directamente abusiva la cláusula sino valorar el resto de circunstancias, en el sentido de que lo no comprensible no tiene por qué ser abusivo. Llevar este deber de transparencia al control de incorporación, como plantea CÁMARA LAPUENTE frente a las posturas de TS y TJUE (que hablan de “abusividad” de la cláusula y no de “no incorporación” de la misma), podría llegar a tener consecuencias para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios puesto que a ellos sí le es claramente de aplicación este control. En todo caso, y con independencia de estos razonamientos en el ámbito del Derecho de consumo que dejamos aquí apuntados porque nos parecen de interés, para nosotros también un adherente empresario débil está protegido en este sentido puesto que, como se razona en el texto principal, el deber de transparencia es consecuencia del principio de la buena fe.

<sup>1555</sup> Así lo han puesto de manifiesto las sentencias del Juzgado de lo Mercantil Córdoba, de 7 de mayo de 2013 [JUR\2014\198199], de Bilbao, de 25 de junio de 2014 [JUR\2014\198198] y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Zamora, de 3 de abril de 2014 [JUR\2014\198195]. Niega la nulidad de esta cláusula en contratos entre empresarios, sin alusión a la sentencia del TS ni al control especial de transparencia, sino por el carácter de elemento esencial del contrato y, en todo caso, la no aplicación de la normativa tuitiva de consumo al supuesto de hecho, la SAP de Cantabria, de 20 de diciembre de 2013 [AC\2014\76]. Con el mismo razonamiento, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2013 [AC\2014\99] y negando la nulidad de la cláusula porque no hay problemas con el único control al que se pueden someter estos contratos, el de incorporación, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, de 26 de mayo de 2014 [JUR\2014\198197]. En este último caso, los adherentes eran abogados en ejercicio adquiriendo un local para su profesión con lo que el órgano jurisdiccional concluye que “*se les presumen amplios conocimientos jurídicos y, por tal motivo, se hace difícil justificar su falta de conocimiento sobre el alcance de cada una de las cláusulas que ahora son objeto de impugnación [...] no pudiendo considerarse, visto su contenido, que las mismas sean oscuras, ilegibles, ambiguas o incomprensibles para los ahora demandantes*”.

cláusula no supera ni el control de incorporación recogido en los arts. 5 y 7 LCGC ni *“tampoco puede concluirse que en el contrato celebrado por LOS CUQUILLOS, S.L., se cumplan los requisitos de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo, como ya se ha expuesto anteriormente, por lo que la conclusión ha de ser la misma que la aplicada al resto de los contratos impugnados”*. A pesar de que se alude a los dos controles, el de incorporación y el especial de transparencia, los argumentos y los deberes de información activa que pone el órgano jurisdiccional a cargo del predisponente –y con los que no ha cumplido- realmente están más bien en el ámbito del último, el de transparencia material, puesto que el de incorporación exige la posibilidad de conocer pero no la comprensibilidad real de la cláusula. Es decir, extienden la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 a los adherentes empresarios del supuesto de hecho<sup>1556</sup>.

Pues bien, nos parece que también las cláusulas suelo en contratos concluidos con un adherente no consumidor están sujetas a un control de transparencia, si se dan los presupuestos para ello. No en todos los contratos, evidentemente, pero sí en aquellos en los que se trate de un pequeño empresario que necesita financiación para su actividad profesional de una forma puntual, que carece de asesoramiento jurídico y/o económico y que, al fin y al cabo, y aun siéndole exigible un nivel de diligencia mayor que a un consumidor pues actúa en el marco de su negocio, prácticamente tiene su misma posición al firmar el clausulado predispuesto. Puede no ser el caso, por ejemplo, de una empresa constructora con una cierta trayectoria, que debe recurrir, en general, a este tipo de financiación como una fase más del proceso y a la que, por tanto, no le puede resultar totalmente ajena la trascendencia y los efectos de las condiciones de los préstamos hipotecarios, tan íntimamente ligados a la adquisición de terrenos y construcción de viviendas. Pero en distinta situación se encontraría, nos parece, el dueño de un pequeño negocio de reparación de ordenadores o de una tienda de ultramarinos, que acude al banco para financiar la compra de un local adyacente o de un

---

<sup>1556</sup> No ocurre lo mismo en la sentencia de la AP de Córdoba de 18 de junio de 2013 [AC\2013\1880] pues, aunque se confirma la nulidad de la cláusula suelo en un contrato predispuesto entre empresarios, lo hace *“por razonamientos jurídicos diferentes”* a los del doble control de transparencia que se desarrolla en la citada STS y que no sería aplicable al supuesto de hecho pues no se trata la prestataria de un consumidor. *“Ello no impide”*, señala, con alusión a la EEMM de la LCGC, *“que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento contractual”*. Tiene en cuenta *“las diferencias de posición entre una entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un hotel de una estrella; las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza)”*. La cláusula *“se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio puesto que la prestamista no puede realmente optar por otras condiciones y la única manera de obtener el préstamo que necesita es pasar por la horca caudina de la cláusula-suelo”*. Los *“razonamientos jurídicos diferentes”* por los que declara la nulidad son las normas generales sobre consentimiento contractual y la interdicción de la arbitrariedad: *“[D]ebe confirmarse la nulidad de la cláusula impugnada y su eliminación del contrato celebrado entre las partes, conforme a los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con los artículos 1.256, 1.261 y 1.300 del Código Civil”*.

camión de reparto y que perfectamente puede desconocer el alcance o significado de algunas cláusulas de normal inclusión en los préstamos hipotecarios, como lo es la cláusula suelo. En estos casos, si no se ha procurado la comprensibilidad real de la cláusula, podría defenderse que su inclusión es contraria a la buena fe en la medida en que se trata de un contenido contractual que se ha incluido por el predisponente pretendiendo aprovecharse de la incomprensión de la contraparte.

Fuera de los elementos esenciales del contrato, otro tipo de cláusula de la que también se ha cuestionado su transparencia es la de garantía a primer requerimiento. Se trata de cláusulas frecuentes en el comercio internacional y en la contratación bancaria, que se incluyen por razones prácticas de agilidad y de aumentar la seguridad jurídica en las relaciones de los operadores asegurando el buen fin de las relaciones mercantiles<sup>1557</sup>. La principal consecuencia de estas “garantías autónomas” es que basta la reclamación formalmente correcta del beneficiario de la garantía sin necesidad de probar el incumplimiento de la obligación principal garantizada, para que el garante esté obligado a efectuar el pago sin que le sea posible oponer ninguna excepción que no esté derivada de la garantía en sí<sup>1558</sup>. Es decir, lo que busca el beneficiario es recibir el pago de forma inmediata tras la reclamación sin necesidad de entrar en discusión sobre la relación de la que depende la garantía<sup>1559</sup>. Dadas las consecuencias que un pacto así genera para el garante, que se ve colocado en la práctica en idéntica situación que el deudor solidario –o, en su caso, para el deudor, contra el que se dirigirá después del garante-, su inclusión en contratos mediante condiciones generales se ha visto con suspicacia, no tanto en nuestra jurisprudencia como en la extranjera<sup>1560</sup>. En

<sup>1557</sup> ESPIGARES HUETE, J. C., *La garantía “a primer requerimiento”. Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Real Colegio de España, Bolonia, 2006, pp. 41 y ss.

<sup>1558</sup> ESPIGARES HUETE, J. C., *La garantía “a primer requerimiento”*..., op. cit., p. 62. Sobre el concepto, vide BUSTO LAGO, J. M., *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías “a primer requerimiento” y autónomas*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 79 y ss.; CARRASCO PERERA, A., “Garantías a primer requerimiento”, en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de garantía*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 500; Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 793, 2010, pp. 2 y ss.

<sup>1559</sup> CARRASCO PERERA, A., “Garantías a primer requerimiento...”, op. cit., p. 508.

<sup>1560</sup> Al respecto del alemán, es muy interesante el comentario de ESPIGARES HUETE, J. C., “Garantías “a primer requerimiento” y condiciones generales de la contratación (comentario a Sentencia del TS alemán de 18 de abril de 2002)”, *Derecho de los negocios*, año 16, núm. 174, marzo 2005, pp. 25 – 32. El autor llama la atención sobre la solución que se adopta en un supuesto de hecho que enfrenta a una empresa constructora (adherente) y a la sociedad propietaria de una obra (predisponente) que contratan la realización de ciertos trabajos de revoque de interiores y de obras de construcción en seco. Mediante una condición general del contrato la empresa de construcción se obliga a aportar un aval a primer requerimiento en garantía de los derechos derivados del cumplimiento del contrato, aval que presta un tercero mediante escritura pública. Se declara la invalidez de la cláusula (condición general) por la violación del § 9.1 AGB-Gesetz (actual § 307 BGB, sede del control de buena fe). A juicio del Tribunal, supone un perjuicio desproporcionado la posibilidad de que el acreedor pueda exigir el pago desde el momento en que se inicia el supuesto de garantía sin mayor demostración o verificación que la de afirmar que tiene derecho a ello. De esta forma, se le permite eximirse del riesgo de insolvencia de la contraparte en la fase de cumplimiento del contrato –y que le corresponde, según la normativa- y se carga al adherente con los costes de la demanda y el riesgo de

contratos entre empresarios, algunos autores las han calificado como cláusulas sorprendentes, faltas de transparencia<sup>1561</sup>. Aunque el grado de comprensión de un contratante empresario deba ser mayor que el de un consumidor, esto no quiere decir que se puedan descartar absolutamente situaciones de desprotección por parte de adherentes no consumidores. Y más, cuando se trata de un tipo de cláusulas sobre cuya configuración y efectos no ha habido una jurisprudencia clara<sup>1562</sup>. Entra dentro de lo razonable que un pequeño empresario, cuando firma el contrato predispuesto, piense que la garantía por la que él se ve directamente obligado -si es garante- o bien aquella cuya constitución le ha sido impuesta para respaldar la obligación de la que él es deudor<sup>1563</sup>, es una garantía “tradicional” que conserva la nota de accesoriedad y subsidiariedad y que sea por tanto sorpresiva una reclamación con independencia del cumplimiento de la obligación y sin la posibilidad de oponer ningún tipo de excepción.

Junto con un deber de transparencia, decíamos que la buena fe obliga también a considerar los intereses legítimos de la contraparte, a un **equilibrio de derechos y obligaciones**. Exigencia de equilibrio que, no olvidemos, también se deduce del art. 1289 Cc. Se trata, cierto es, de un criterio de interpretación de cierre, es decir, de aplicación cuando existe una duda en cuanto al contrato y no se puede resolver recurriendo a las reglas contenidas en los

---

insolvencia para un proceso de reclamación y restitución (p. 27). Además, existe un gran riesgo de que el acreedor utilice abusivamente el aval como medio de liquidez, incluso sin haberse producido el supuesto avalado (p. 27).

<sup>1561</sup> INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 217; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1643 – 1644, en relación con 1655 y ss.; ESPIGARES HUETE, J. C., “Garantías “a primer requerimiento”...”, op. cit., pp. 30 – 31. A la misma conclusión se podría llegar si ponemos en relación el hecho de que las cláusulas que alteren sustancialmente el contrato convirtiéndolo en uno distinto son insólitas (antes de la LCGC, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 264) con que la garantía a primer requerimiento sea un tipo contractual distinto, de carácter autónomo y no accesorio (CARRASCO PERERA, A., “Garantías a primer requerimiento...”, op. cit., p. 501).

Todo esto sin perjuicio de que, según el caso, pudieran llegar a ser también consideradas contrarias a la buena fe, no por falta de transparencia, sino en el sentido de desproporción de los derechos y obligaciones, argumento de la resolución alemana arriba comentada (en nuestro caso, vía buena fe del art. 1258 Cc). Este es el argumento de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil [AC\2014\1672] para declarar la nulidad de un pacto de afianzamiento aunque, eso sí, en un contrato de adhesión con un consumidor. En este caso, el Juzgado entiende que el adherente renuncia a derechos que el Derecho dispositivo le otorga –beneficio de orden, excusión, división y extinción- sin causa que lo justifique alguna.

<sup>1562</sup> La doctrina ha puesto de manifiesto la -en general- confusa jurisprudencia que ha habido sobre este tipo de garantías a primer requerimiento, confusión que va desde la pluralidad terminológica para referirse al fenómeno hasta la duda acerca de si la simple mención “a primer requerimiento” rompe la accesoriedad de la garantía o es necesario interpretar más cláusulas para llegar a la verdadera voluntad de los contratantes (ESPIGARES HUETE, J. C., *La garantía “a primer requerimiento”...*, op. cit., pp. 54 y ss.). Además, en algunas ocasiones, en lugar de desvincular la garantía respecto de la obligación de la que trae su sentido, los tribunales han tendido a interpretar las consecuencias como una mera inversión de la carga de la prueba (el beneficiario no tiene que demostrar el incumplimiento pero se permite al perjudicado probar el cumplimiento), lo que parece que desvirtúa los efectos de la figura (CARRASCO PERERA, A., “Garantías a primer requerimiento...”, op. cit., p. 508; Una vez más: para qué sirven..., op. cit., pp. 1 y ss.)

<sup>1563</sup> Para ilustrar el caso de un abuso por imposición al deudor adherente de la obligación de aportar una garantía de este tipo, nos remitimos al pie de página núm. 1560.

arts. 1281 a 1288 Cc previos. Bastaría, pues, que la redacción del contrato por el predisponente no generara ninguna duda o que ésta se resolviera mediante el resto de criterios. Pero también es verdad que la contratación mediante condiciones generales es un supuesto particular en cuanto a interpretación se refiere pues en ellos no existe, estrictamente hablando, una voluntad común de las partes que averiguar –en realidad, el contenido del contrato es el querido por el predisponente-. De ahí que, aun siendo de aplicación supletoria los criterios generales del Código civil, se señalen dos reglas especiales –la regla de la prevalencia de las condiciones particulares y la regla *contra proferentem*-. Y de ahí también que nos parezca de una relevancia particular el artículo 1289 Cc cuando aboga por la interpretación del contrato, en última instancia, “*en favor de la mayor reciprocidad de intereses*”. Está dejando claro que la regla general que subyace es ésta: la de un contrato equilibrado. El contrato es una institución dirigida a organizar los intereses de las partes. Y esto se sigue manteniendo también para los de adhesión, que en lo “único” que se diferencian de los negociados es en el procedimiento, pero no en que no sigan pretendiendo ser esta organización de intereses de *ambas* partes. Como decíamos antes, es evidente que un contrato puede reportar más beneficios para uno de los contratantes que para el otro. Pero también lo es que nadie contrata para “perder” siempre<sup>1564</sup>. El equilibrio se convierte así en principio general al que aspirar en todo contrato<sup>1565</sup>.

E indudablemente la mejor representación de ese equilibrio, esa mayor reciprocidad o mejor composición de intereses, la encarna, por definición, el Derecho dispositivo. Esto no es una idea novedosa. Es amplio el reconocimiento del Derecho dispositivo como algo más que una regulación presumiblemente querida por las partes y que entra en juego cuando se produce algún descuido por los contratantes. Es concebido como la regulación normal y el resultado de una ponderación cuidadosa de los intereses de las partes, cumpliendo, en este sentido, una función ordenadora. Llegados a este punto, es obligada la referencia a RAISER, como uno de los exponentes de la doctrina alemana, aquella que, partiendo de este enfoque más amplio, señaló la “semi-imperatividad” de las normas imperativas: si

---

<sup>1564</sup> Esta es la idea que está detrás de la afirmación de MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., “La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 63, 581, julio – agosto 1987, p. 1095, cuando dice, al hilo de los contratos de adhesión, que “*la intervención de los Tribunales de justicia ha de consistir siempre en conseguir averiguar qué cláusulas han sido libremente impuestas y aceptadas y cuáles no lo han sido, lo que en definitiva se traduce en saber cuáles son justas y cuáles no*”. El autor vincula, de este modo, justicia y aceptación libre –o, a sensu contrario, injusticia e imposición-.

<sup>1565</sup> ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1978, p. 266.

tienen esta función ordenadora, las partes podrán desviarse de ellas solo cuando exista una razón suficiente<sup>1566</sup>.

En España, fue DE CASTRO el encargado de exponer esta idea del Derecho dispositivo como límite a la autonomía de la voluntad por ser portador de la regulación equilibrada<sup>1567</sup>:

*“Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato”*<sup>1568</sup>.

---

<sup>1566</sup> RAISER (RAISER, L., *Das Recht der Allgemeinen...*, op. cit., pp. 293 – 296) señala en su obra sobre las condiciones generales de la contratación que el orden que representan las normas dispositivas no es un orden cualquiera sino “*Recht*” –“*Derecho*”, con mayúscula- en su sentido especial de objetivación de la idea de Derecho en la comunidad jurídica. En general puede ser calificado, por tanto, como el equilibrio natural o razonable de los intereses contrapuestos de las partes, lo que confiere a las normas dispositivas la tendencia de imponerse también respecto del orden contractual. Cobra relevancia, de este modo, el contenido de la regulación jurídica más allá de su cualidad formal de exigibilidad, de tal modo que es tomado como punto de referencia –“*Anhaltspunkt*”- para las limitaciones a la libertad contractual (pp. 295 – 296). Aunque el autor señala que hasta ese momento el *Reichsgericht* no había hecho demasiado uso de estos reproches respecto de desviaciones graves del Derecho dispositivo (p. 296), LARENZ (LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 87 – 90; *Derecho civil. Parte General*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 74 – 76), recoge posteriormente el cambio en el panorama del ordenamiento jurídico alemán respecto a la función del Derecho dispositivo, volviéndolo a relacionar con el ámbito de la justicia contractual compensatoria y señalando su importancia en la contratación mediante condiciones generales dada la imposibilidad de que ambas partes hayan podido hacer valer sus objetivos. Cuando de la regulación del contrato quede claro que no se han tomado en cuenta en suficiente medida los legítimos intereses del cliente porque se excluyen algunas facultades legales sin conceder otras compensatorias, “*en este caso la jurisprudencia deniega la eficacia jurídica a tales condiciones que perjudican injustamente al cliente. Es mérito del Tribunal Supremo Federal el haber seguido este camino y con ello haber puesto una barrera al abuso de la autonomía privada mediante condiciones generales de la contratación*” (*ibidem*, op. cit., p. 75). De esta forma, el Derecho dispositivo deja de ser una regulación meramente supletoria para representar también un modelo de una reglamentación conforme a los postulados de la justicia contractual compensatoria y de la equidad. Las normas dispositivas representan un límite del contenido contractual admisible que se pone en marcha en el caso de las condiciones generales de la contratación (*Derecho justo...*, op. cit., p. 89).

<sup>1567</sup> DE CASTRO, F., “Las condiciones generales...”, op. cit., pp. 333 y ss.

<sup>1568</sup> DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas...”, op. cit., pp. 1059 – 1061.



La doctrina posterior se ha hecho eco de esta doble función del Derecho dispositivo –integración del contrato; control de la autonomía de la voluntad-<sup>1569</sup> coincidiendo en su especial importancia en el ámbito de la contratación mediante condiciones generales. Es más, si recordamos, la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos otorga todo el peso posible a esta función de control del Derecho dispositivo al establecer en su art. 1262.4, en relación con todo adherente, directamente la presunción de abusividad de las condiciones generales que se separen del mismo.

De hecho, en materia de consumo y además de la cláusula general del art. 82 TRLGDCU, uno de los grupos de supuestos de la lista de cláusulas abusivas, los contenidos en el art. 87, declaran la abusividad de aquellas cláusulas que no observen la *reciprocidad* en el contrato de tal forma que sean contrarias a la buena fe. Aquí se insertan cláusulas que ya hemos visto en contratos entre empresarios al vincularlas con normas de Derecho imperativo –obligación de cumplimiento para el consumidor aunque el empresario no haya cumplido; autorización para resolver discrecionalmente el contrato solo al empresario; facultad del empresario para quedarse con cantidades abonadas por el consumidor en concepto de prestaciones no efectuadas aunque sea primero el que resuelva el contrato; obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos del consumidor- junto con otras en materia de arras (retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia sin una indemnización al consumidor equivalente para el caso de que sea el empresario el que renuncie) o de redondeo al alza (del tiempo, del precio).

Por su parte, el art. 86 del mismo texto legal señala directamente la nulidad “*en cualquier caso*” de las cláusulas que limiten o priven al consumidor de *derechos reconocidos por normas dispositivas* (y, evidentemente, por las imperativas)<sup>1570</sup>. Al igual que en el caso anterior, algunos de los ejemplos ya los hemos analizado como cláusulas nulas también en contratos entre empresarios por su contravención de Derecho *ius cogens* –limitaciones de

---

<sup>1569</sup> Recogida después por, entre otros, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición del contenido...”, op. cit., pp. 682 y ss.; JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales...”, op. cit., pp. 667 y ss.; ROCA GUILLAMÓN, J., “Comentario al artículo 1258...”, op. cit., pp. 459 – 461; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 361 y ss.; MORALES MORENO, A. M., Voz “Derecho dispositivo”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2281; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Reflexiones sobre las condiciones generales”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 4952 y ss.; “Comentario al artículo 8...”, op. cit., p. 432, pie de página núm. 11; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. I, op. cit., p. 430; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 500 y ss.

<sup>1570</sup> Este artículo 86 TRLGDCU, como ha señalado MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 82...”, op. cit., p. 743, no significa que toda desviación respecto del Derecho dispositivo sea abusiva en general sino solo cuando tiene como resultado privar al consumidor de los derechos que esta norma le otorgaba. Si lo que hace la cláusula es desviarse de la norma dispositiva porque le concede un derecho al profesional, no tiene por qué ser nula.

responsabilidad en caso de dolo o culpa grave; limitaciones de responsabilidad por daños, muertes o lesiones; limitaciones del derecho de consignación- y otras porque, aun tratándose de normas en principio dispositivas, portan a nuestro juicio derechos íntimamente vinculados con la esencia de la obligación, como es la facultad de resolución por incumplimiento grave en el supuesto de contratos recíprocos.

En nuestro caso, de *lege data*, el art. 8.1 LCGC parece que excluye la posibilidad de erigir en límite real de la autonomía de la voluntad en contratos entre empresarios al Derecho dispositivo en general, puesto que reduce a la contradicción con las normas imperativas o prohibitivas la posibilidad de declarar nula una condición general. Sin embargo, las normas dispositivas sí que pueden cumplir la función de referencia o modelo respecto del que hay que valorar si la desviación que supone la cláusula predispuesta puede ser considerada contraria a la buena fe y, por tanto, a través del art. 1258 Cc, ineficaz<sup>1571</sup>.

¿Cómo valoramos la gravedad de la desviación del clausulado predispuesto respecto del Derecho dispositivo? Si bien en el caso del adherente consumidor la protección es uniforme para todos ellos, como sabemos, no se puede aplicar el mismo criterio si hablamos de un adherente empresario porque las situaciones o características de un no consumidor que se adhiere a un contrato predispuesto pueden ser muy distintas. Aunque el procedimiento de contratación mediante condiciones generales hace ineficiente y no exigible, en general, la lectura del clausulado, la diligencia que se le puede pedir a un consumidor no es la misma que a un empresario que está participando en el tráfico jurídico con la intención de obtener un lucro, del mismo modo que tampoco son equiparables las situaciones en las que el empresario adherente opera en su ramo o en uno ajeno o tiene un gran poder de negociación que le sitúa en una posición de igual a igual con el predisponente o bien es dependiente de él. De este modo, y salvando el conjunto de normas que representa el Derecho imperativo - que supone una franja respecto de la que la desviación está siempre prohibida- en el resto de los casos –Derecho dispositivo- habrá que evaluar el alejamiento de una cláusula predispuesta respecto del modelo aportado por el legislador a la luz de aquellos parámetros, que funcionan, junto con la existencia de un desequilibrio, como presupuestos de necesidad de control de contenido en el caso de contratos entre empresarios. En este sentido, a mayor vinculación con el sector en el que se enmarca el contrato y, especialmente, a mayor independencia o fuerza del adherente respecto del predisponente, menor será la intensidad

---

<sup>1571</sup> Sobre esta operación, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 82...”, op. cit., pp. 738 y ss.

del control a aplicar y, por tanto, más irrelevante que lo pactado se aparte del modelo del Derecho dispositivo.

Como se dijo en el Capítulo I de la Primera parte, no se sitúa de la misma manera frente a una cláusula que contenga un desequilibrio de derechos y obligaciones en un contrato predispuesto, un pequeño empresario sin poder de negociación ni asesoramiento que, además puede estar contratando en un ámbito ajeno al de su actividad, que un empresario de un cierta envergadura y con recursos que, aun no habiendo participado en la determinación del contenido contractual, puede tener una posición de casi igualdad con el predisponente<sup>1572</sup>.

Teniendo en cuenta estos presupuestos y partiendo de que, a la vista de ellos, exista una necesidad de protección, pensamos que a través de la buena fe del art. 1258 Cc podrían dejarse sin validez en la actualidad cláusulas que representan un desequilibrio de obligaciones y derechos en perjuicio del adherente empresario y para las que el Derecho imperativo no supone un límite.

Algunos ejemplos han salido directa o indirectamente a lo largo del trabajo:

- Así, un tipo de cláusulas que volvemos a traer a colación y en las que la buena fe puede ser especialmente útil son las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en casos distintos del dolo o la culpa grave o en supuestos que no pudieran albergarse en la interdicción de la arbitrariedad. Recordemos cómo en el sector del transporte de mercancías, la propia regulación suele atribuir un carácter relativamente imperativo a las normas de responsabilidad del porteador o transportista, impidiendo que éste, parte normalmente fuerte de la relación, pueda desviarse de ellas en su beneficio y en perjuicio del adherente. Fuera de este ámbito especialmente protegido, estas cláusulas, habituales por lo demás en todos los sectores de la contratación entre empresarios, podrían ser declaradas nulas por contravención de la buena fe del art. 1258 Cc. si son impuestas a un adherente empresario parte débil. Para que esto no ocurra, la distribución del riesgo fijada unilateralmente por el predisponente y que se aparta, en perjuicio del adherente, de la que resulta equilibrada, debería estar justificada o ser compensada de tal forma que se contrarresten y reequilibren las posiciones de las partes.

---

<sup>1572</sup> Vide *supra* Primera parte. Capítulo I. III.

- También los abusos mediante cláusulas por las que el predisponente estableciera un plazo de preaviso para el desistimiento del contrato o para evitar la prórroga tácita del mismo que fuera inadecuado para el ejercicio de dichas facultades, podrían atajarse mediante la figura de la buena fe.
- Del mismo modo, respecto de plazos excesivamente largos para el cumplimiento de la prestación por parte del predisponente, por ejemplo, o de la imposición de formalidades añadidas a las esperables para la validez de acuerdos individuales o su supeditación a un posterior consentimiento del predisponente cuando el acuerdo particular se ha cerrado válidamente con un representante del mismo.
- Por otro lado, podría también ser contraria a la buena fe una condición general que impusiera al adherente la obligación de prestar unas arras confirmatorias tan elevadas que supusieran un perjuicio para él por obligarle a prescindir durante un periodo largo de tiempo de una cantidad de dinero desproporcionada en función del contrato, sin justificación alguna para ello. Hay que tener en cuenta que la función de las arras confirmatorias es la prueba de la conclusión del contrato y no una verdadera garantía (como serían las arras penales, que asimilamos en lo que aquí respecta a las cláusulas penales<sup>1573</sup>). Respecto de una cláusula predispuesta por la que si el adherente desiste del contrato pierde la cantidad entregada (arras penitenciales), mientras que si lo hace el predisponente se obliga a devolverla pero sin doblar su importe, podría asimismo valorarse su contrariedad a la buena fe: el predisponente ha introducido una regla por la que él no pierde nunca nada en cuanto que puede desistir del contrato sin que, a diferencia del adherente, le suponga ningún coste (el art. 1454 Cc, equilibrando la situación de ambas partes, dispone que el comprador puede desistir del contrato perdiendo las arras entregadas y el vendedor, devolviéndolas por duplicado).

Por otro lado, y siguiendo con ejemplos de supuesto de desequilibrio que a través de la buena fe del art. 1258 Cc podrían dejarse sin validez en la actualidad –siempre, repetimos, que se den los presupuestos de protección del adherente empresario, esto es, situación de debilidad respecto del predisponente, teniendo en cuenta la ajeneidad del ámbito de contratación-, los encontramos en las cláusulas que se proponen como abusivas en la lista incluida en el párrafo 3º del art. 1262 de la Propuesta de Modernización. Descartamos

---

<sup>1573</sup> Vide *supra* nota a pie núm. 1177.

aquellas sobre las que no hay ninguna duda por representar supuestos de Derecho imperativo y que, por tanto, ya han tenido su espacio en los Capítulos II y III (limitación de responsabilidad en caso de muerte o daños personales, por dolo o culpa grave –del predisponente o sus auxiliares-; limitación de la facultad de consignación; reglas de interpretación). En cuanto a la exclusión de la facultad del adherente de resolver el contrato ante el incumplimiento grave del predisponente, aunque se trata de una norma *a priori* dispositiva, ya explicamos en su momento nuestra postura a favor de la “abusividad” de dicha cláusula en condiciones generales por la íntima vinculación de esta figura con la propia esencia de las obligaciones sinalagmáticas y porque el adherente quedaría permanentemente vinculado y en manos del predisponente. Aun sin ánimo de profundizar en las distintas figuras, quedarían tres supuestos que, a nuestro juicio, podrían tener encaje en este control a través del art. 1258 Cc: a) las cláusulas que excluyan o limiten la facultad legal del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente (letra e); b) las que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada (letra h); c) las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual (letra i).

a) La compensación, de hecho, está directamente relacionada con la buena fe puesto que, además de una función simplificadora de la operación de cumplimiento, tradicionalmente se ha identificado como fundamento de la figura el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado. Como señala DÍEZ-PICAZO al explicarlo, parece contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituido<sup>1574</sup>. Por tanto, aunque es perfectamente válido en general el pacto limitando esta facultad<sup>1575</sup>, no vemos inconveniente en considerarlo como contrario a la buena fe en contratos en los que se impone al adherente a través de cláusulas predispuestas.

---

<sup>1574</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., pp. 612 – 613. El mismo autor cita a FERRINI para reiterar esta idea: la compensación permite no exponer al que paga primero a la mala fe o a la insolvencia del otro (op. cit., p. 611). En el mismo sentido, LACRUZ, J.L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (et al.), *Elementos...*, II, op. cit., p. 289, apunta que “evita que el deudor más presto en pagar corra el riesgo de no cobrar lo que se le debía después de haber satisfecho él su deuda (función de garantía)”. Es más, como señala LÓPEZ VILAS, R., De la compensación, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1, Edersa, 1991, pp. 485, 504, en el Derecho romano, aun siendo una figura de alcance limitado, la negativa de una parte a admitir la compensación podía llegar a estimarse como una actitud dolosa.

<sup>1575</sup> Así lo señalan, por ejemplo, LÓPEZ VILAS, R., “De la compensación...”, op. cit., p. 585; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 623;

- b) Lo mismo podría decirse respecto de las indemnizaciones por incumplimiento desproporcionadas. En el apartado correspondiente, negamos la posibilidad de utilizar el art. 1154 Cc como vía para reducir las cláusulas penales excesivas. Sin embargo, sí que podría este supuesto de hecho llegar a reconducirse a través del art. 1258 Cc y la prohibición de cláusulas que fueran contrarias al principio general de la buena fe: la función que subyace en la indemnización en caso de incumplimiento de obligaciones es la colocar al acreedor en la misma posición que tendría si no se hubiese lesionado su derecho de crédito<sup>1576</sup>, de tal modo que imponer una cuantía que, sin justificación alguna, exceda por mucho de la que razonablemente representaría las consecuencias del incumplimiento, supone aprovechar la posición contractual para desvirtuar la figura a favor exclusivamente del predisponente y en perjuicio del adherente<sup>1577 1578</sup>.
- c) Por último, en cuanto a la cesión de contrato sin necesidad de consentimiento del contratante cedido-adherente, a pesar de que pueda resultar perjudicial para su posición contractual, difícilmente se puede defender que esta cláusula se habría incluido sin problemas o sin una compensación en otro punto si el contrato hubiera sido negociado. El requisito del consentimiento del contratante cedido para la validez de la cesión del contrato encuentra su razón de ser, precisamente, en proteger a éste pues con la cesión del contrato se produce la liberación del cedente y la pérdida de los derechos que el cedido pudiera tener contra él como consecuencia del mismo<sup>1579</sup>. Aunque se trata de una norma dispositiva que admite pacto en contrario, la cláusula mencionada se aparta considerablemente de lo que sería la composición neutra de intereses en el contrato y lo hace con unas consecuencias claramente beneficiosas para el que la ha impuesto y, correlativamente, siempre perjudiciales para el adherente, que ve cómo disminuye su protección y seguridad en el contrato (imposibilidad de oponer excepciones personales

---

<sup>1576</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 781.

<sup>1577</sup> En este sentido, moderando una cláusula penal en un contrato de adhesión entre empresarios, por considerarla excesiva y generadora de un desequilibrio entre los contratantes, con apoyo en la buena fe del art. 1258 Cc, SSAP Murcia de 20 de mayo de 2010 [JUR\2010\238450] y de 14 de junio de 2011 [JUR\2011\265991].

<sup>1578</sup> Incluso en el caso de la imposición de cláusulas penales punitivas podría la buena fe del art. 1258 Cc. suponer un límite. Si bien hay que tener en cuenta que la función punitiva de la cláusula conlleva, necesariamente, la fijación de una cantidad —en el caso de que la pena se trate de una suma de dinero— sensiblemente superior a la de los daños previstos, pues en esa diferencia radica el carácter coercitivo y sancionador, esto no implica que toda pena, por muy elevada que sea, pueda ser aceptable en el caso de un contrato predispuesto. El predisponente, aprovechándose de su preeminencia puede haber configurado una cláusula penal que, incluso teniendo en cuenta ese factor punitivo, sea exorbitante teniendo en cuenta el contrato o la prestación, de tal modo que el adherente incumplidor se vea compelido al pago de una pena totalmente desproporcionada y con la que no cabía contar.

<sup>1579</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, op. cit., p. 1052; LACRUZ, J.L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (et al.), *Elementos...*, II, op. cit., pp. 526 – 528.

contra el cedente al margen del contrato; incertidumbre acerca de la posición del cesionario para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, calidad de los productos o servicios o solvencia para responder en caso de incumplimiento<sup>1580</sup>)<sup>1581</sup>.

Y cerramos este apartado haciendo referencia a las consecuencias que podría tener el recurso a la buena fe como norma de control. Vaya por delante que nos parece una cuestión compleja que merecería una profundidad que excede de este trabajo. Algunas de las sentencias citadas tienden a moderar la cláusula que han considerado contraria a la buena fe –normalmente cláusula penal- sin declararla nula. En otros casos, se habla de declarar la ineficacia de la cláusula. Y, una vez declarada nula la cláusula por ser contraria a la buena fe, cabe preguntarse si el contenido eliminado se puede o debe integrar acudiendo a las fuentes de integración o bien este contenido se entiende simplemente suprimido sin posibilidad de ser reemplazado.

Estas distintas opciones han sido objeto recientemente de abundante jurisprudencia y de debate en la doctrina en el ámbito de los contratos de consumo y el TRLGDCU.

---

<sup>1580</sup> Respecto de la cláusula similar contenida en el TRLGDCU para los contratos en los que interviene un consumidor, CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al artículo 86”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 860 (en general, pp. 859 y ss). Aunque se trata de un supuesto cubierto por el art. 86.3 TRLGDCU (“la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste”), el autor apunta que, en cualquier caso, podría igualmente declararse abusiva por la cláusula general del art. 82 TRLGDCU.

<sup>1581</sup> La SAP de La Rioja de 12 de septiembre de 2014 [JUR\2014\252549] conoce de una cesión de contrato en la que la parte cedida, a la vista del contenido del clausulado de las condiciones generales, queda en una posición claramente dañada, aunque no parece que se trate en este caso de una cuestión de consentimiento en sí mismo. La resolución conoce de un contrato de licencia de explotación de página web por el que el predisponente se compromete a la creación de la página web de la empresa adherente, incluyendo en la primera condición general la posibilidad de que el predisponente pudiera ceder a un tercero “los derechos de presente contrato” junto con otras previsiones en las que parece exonerar de toda responsabilidad al cesionario por los eventuales incumplimientos del contrato (exención de responsabilidad del cesionario frente al cliente en el caso de que el proveedor no entregue la página web; imposibilidad de alegar por el adherente la falta de puesta en línea de la página o problemas de funcionalidades, calidad, adecuación, alojamiento, indexación, etc., de la página web; renuncia del adherente a solicitar al cesionario cualquier indemnización si por cualquier motivo la página web estuviera inutilizable, etc). A pesar de que el demandante (el cesionario, que le reclama al adherente cedido el pago de los servicios, a lo que éste se niega por un incumplimiento de la prestación objeto del contrato) aduce que se trata de una mera cesión de créditos y no de contrato, el órgano jurisdiccional, a la vista de la configuración y contenido del negocio jurídico, concluye que se trata de una verdadera cesión de contrato y que, por tanto, todas las cláusulas citadas incluidas en condiciones generales serían abusivas por aplicación, en este caso, del art. 8.1 LCGC y del art. 1256 Cc puesto que se está dejando el contrato al arbitrio exclusivo del cesionario que tendría derecho a reclamar el precio sin estar obligado a nada, dejando totalmente desprotegido al adherente. En este caso, como decíamos, el Tribunal no alude a un problema del clausulado por la supresión del requisito del consentimiento del cedido para la cesión del contrato (en la práctica, parece que hubo un email entre la empresa cedida y la cesionaria del que se desprende el conocimiento y, en principio, no oposición por parte de la primera) sino al régimen al que queda sujeto la empresa adherente-cedida frente a la cesionaria, que es tan palmariamente desequilibrado en perjuicio de la parte débil que vulnera una norma imperativa como es la ya conocida por nosotros prohibición de arbitrariedad (art. 1256 Cc).

Efectivamente, como ya sabemos, a consecuencia de la STJUE de 14 de junio de 2012, el art. 83 del texto legal se modificó para dejar claro que el Juez no puede alterar el contenido de una cláusula que ha sido declarada abusiva (no cabe la denominada “*reducción conservadora de la validez*”), sino que tiene que limitarse a dejarla sin aplicación<sup>1582</sup>. En general, los tribunales y la doctrina, entendiendo que “moderar” no es lo mismo que “integrar”, proceden entonces a dejar actuar las normas aplicables en defecto de pacto, siendo el Derecho dispositivo el reflejo de la composición de intereses más adecuada en defecto de otra voluntad. Como vimos al hilo de las cláusulas de intereses moratorios, en este supuesto implicaría la entrada del art. 1108 Cc, de tal forma que, en caso de mora, habría que estar al interés legal<sup>1583</sup>.

Esta misma consecuencia, que ya mantuvimos respecto de los intereses moratorios en el epígrafe dedicado a la Ley de Usura y su valor como límite a la autonomía de la voluntad, es la que consideramos que conlleva la contrariedad de una cláusula con la buena fe, tal y como se ha expuesto en los párrafos anteriores<sup>1584</sup>. Es decir, frente a una moderación de la

<sup>1582</sup> Critica esta solución respecto de los intereses moratorios, CARRASCO PERERA, A., “Las cláusulas abusivas se eliminan...”, op. cit. (cfr. nota a pie núm. 1188). Por otra parte, sí permite expresamente la moderación, por ejemplo, la LMOC. Así, en su art. 9 se dispone que el juez que declare la invalidez de dichas cláusulas abusivas integrará el contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil y “*dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia*”.

<sup>1583</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La arriesgada vida de una Abogado General...”, op. cit.; La Sentencia del TJ sobre la reducción..., op. cit.; La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios..., op. cit.. Del mismo modo, MIQUEL, “*Cláusulas abusivas*”, Ponencia..., op. cit., señala que hay que proceder a integrar cuando algo que las partes debían regular según la lógica, no está regulado. Por ejemplo, si la cláusula de intereses moratorios se elimina por abusiva, como la regla contractual tiene que regular qué pasa cuando no se paga, se integraría con el art. 1108 Cc. Si, por el contrario, lo abusivo es la imposición del pago de un impuesto que no era necesario que se regulara, se suprime la cláusula y no existe referencia alguna a ello (en el fondo, pensamos que también sería recurrir al Derecho dispositivo en el entendido de que al final el impuesto correrá a cargo de quien la ley señale en defecto de pacto). Asimismo, BALLUGERA GÓMEZ, C., “La reforma de la integración...”, op. cit. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, enero – abril 2013, pp. 345 y ss., quien concluye que la STJUE no se opone a una “integración” del contrato contemplado sin la cláusula abusiva, integración que tendría lugar mediante el Derecho dispositivo que ya no ha sido desplazado, siendo esta la sanción adecuada para quien ha usado su libertad contractual imponiendo un contenido abusivo (p. 355).

Sin embargo, contrario a esta postura se muestra abiertamente CÁMARA LAPUENTE, S., *Transparencias, desequilibrios...*, op. cit.. El autor defiende que no cabe ningún tipo de integración una vez declara nula una cláusula por abusiva –salvo que se trate de un elemento esencial y pueda decaer el contrato–: no existe ninguna laguna porque no faltó convenio, sino que se declaró nulo el que había, de tal foma que simplemente hay que proceder a suprimir la cláusula. En el caso de los intereses de demora, no sería el porcentaje derivado de la aplicación del art. 1108 Cc, sino un 0%. En este sentido, y aunque todavía está sin resolver, el Juez de 1ª Instancia nº 2 de Santander planteó el pasado 19 de noviembre de 2014 una cuestión prejudicial ante el TJUE acerca, precisamente, de este aspecto, es decir, si cabe la integración mediante el Derecho dispositivo de la cláusula (se trata de una cláusula de intereses moratorios) o bien se debe acordar su expulsión del contrato sin que sean debidos intereses moratorios.

<sup>1584</sup> Esta solución –ineficacia y posterior integración, en su caso– es la que también se recoge expresamente en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el portugués, que también incluyen en su protección a los adherentes empresarios. Aunque estos casos se encuentran dentro de un control regulado expresamente por el



cláusula, entendemos más adecuada la ineficacia de la misma. Este sería el resultado de contraponer una condición –fruto de una teórica autonomía de la voluntad, que no es tal, en sentido pleno- con el principio general de la buena fe, que obliga también a todo contratante. Y, una vez declarada la ineficacia de la cláusula, consideramos oportuno recurrir a la norma –en su caso- que se hubiera aplicado si no se hubiera pactado nada. Por una parte, porque el equilibrio neutro que representa el Derecho dispositivo es el que durante todo el trabajo se ha tenido, de una u otra manera, como referente. El Derecho dispositivo es la regulación consecuencia de tener en consideración a ambas partes como iguales, por lo que el sesgo proveniente de la desigualdad de posiciones entre predisponente y adherente, que podría mantenerse en cierta medida en una moderación de la cláusula por el Juez, se elimina y se garantiza un equilibrio real<sup>1585</sup>. Por otra parte, y si bien como un buen argumento a favor de eliminar toda posibilidad de integración, se ha aludido al carácter de orden público de la normativa de consumo y su carácter sancionador<sup>1586</sup>, no ocurre lo mismo en el ámbito de contratos entre empresarios y el marco normativo al que recurrimos para controlar posibles abusos. En cualquier caso, declarar la ineficacia de la cláusula impuesta contraria a la buena fe e integrar ese vacío, en su caso, recurriendo al Derecho dispositivo, cumple la función de control de abusos en contratos en los que no existe una plena autonomía bilateral de la voluntad y, además, también cumple una función preventiva –en la mayor parte de los casos- puesto que, aun integrando con la norma dispositiva, el predisponente se verá perjudicado. No de forma tan drástica, retomando como ejemplo el caso de los intereses moratorios, como si se suprimiera directamente la obligación de indemnizar la mora, pero su posición será peor que si el Juez hubiera moderado la cláusula hasta lo que *ab initio* no hubiese sido abusivo.

La nulidad según este razonamiento conllevará en ocasiones integrar el contrato mediante las fuentes generales de integración y en otras simplemente, por su configuración, implicará suprimir la facultad que se había reservado el predisponente o eliminar alguna limitación

---

legislador, en ambos ejemplos las consecuencias de no incorporación o abusividad –tras no llegar a formar parte del contrato o ser declaradas nulas- es el recurso a las previsiones legales (“*gesetzlichen Vorschriften*”, § 306.2 BGB) o a las normas supletorias aplicables, con recurso, si es necesario, a las reglas de integración de los negocios jurídicos (“*normas supletivas aplicáveis*”, art. 13.2 Lei de cláusulas contratuais gerais).

<sup>1585</sup> Dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Efectos de la no vinculación del consumidor...”, op. cit., p. 348, que cuando la presencia de una cláusula se debe a la iniciativa del que tiene el poder de imponer el contenido contractual, el resultado de la reducción por el Juez no atendería a la asimetría entre las posiciones de las partes ni garantizaría un equilibrio real pues, esa reducción hasta “lo tolerable” seguiría manteniendo una cierta posición de ventaja que *ex ante* tenía una de las partes, que fue la que impuso en un principio la cláusula abusiva.

<sup>1586</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *Transparencias, desequilibrios e ineficacias...*, op. cit., apunta, como uno de los argumentos para negar el recurso a las fuentes de integración en el que caso de que se suprima una cláusula por abusiva al hilo del TRLGDCU.

impuesta al adherente<sup>1587</sup>. Del mismo modo que ante la supresión de la cláusula de intereses moratorios contraria a la buena fe entra en juego el art. 1108 Cc y el interés legal, si se suprime una cláusula de vencimiento anticipado que, sin ser considerada contraria al art. 1256 Cc sí que puede ser calificada de contraria a la buena fe, será el art. 1124 Cc y la regulación general de la resolución por incumplimiento a la que habrá que atender (concretamente, a un incumplimiento grave). En el caso de que se haya impuesto una cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad contraria a la buena fe, su ineficacia llevará a que la regla contractual sea el reparto de riesgos según el Derecho dispositivo. En el caso de que la cláusula contraria a la buena fe esté relacionada con la fijación de plazos (de cumplimiento, por ejemplo), y dado que no tiene sentido que con la eliminación de esa cláusula el predisponente pase de estar obligado al pago en un plazo muy amplio a estarlo sin plazo, podría integrarse éste recurriendo a los usos, que, como vimos, en el caso de los contratos entre empresarios en este ámbito tienen mucha relevancia. Si lo que se considera ineficaz es una prórroga automática, la consecuencia es que el contrato se da por terminado cuando llegue el plazo fijado en el mismo. En el caso de imponerse a los pactos particulares restricciones o formalidades añadidas de una naturaleza tal que conlleven su nulidad, aquéllos pasarían a tener validez con independencia de su forma (salvo excepciones, siguiendo el principio no formalista). Si se trata de arras confirmatorias contrarias a la buena fe, su supresión conlleva la ausencia de obligación para el adherente de tener que entregar cantidad alguna como “señal” y si la abusiva es una cláusula de arras penitenciales, la nulidad dará entrada al Derecho dispositivo (art. 1454 Cc)<sup>1588</sup>.

Un caso especial es el de las cláusulas penales porque la excesividad en este tipo de condiciones generalmente se ha llevado por la vía de la moderación (quizás porque los preceptos a los que la doctrina y/o jurisprudencia han intentado recurrir puntualmente para

---

<sup>1587</sup> Como dice, por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios...”, op. cit., *“la cláusula abusiva se sustituye, in totum, por la regla general que ha sido desplazada. Cuando la regla legal desplazada es “cero”, por “cero”. Cuando la regla general desplazada es “interés legal”, por el “interés legal”*.

<sup>1588</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., pp. 824 y ss., ante la nulidad por abusividad de una cláusula de arras penitenciales, opta por su supresión sin aplicación supletoria del art. 1454 Cc. De otra forma, señala, el predisponente no tiene ningún incentivo para no introducir una cláusula abusiva, pues, en el peor de los casos, acabará entrando en funcionamiento el art. 1454 Cc. Estamos de acuerdo en que se producen estos efectos no deseados, y de ahí que con anterioridad, en el texto principal, dijéramos que el recurso a las reglas de integración cumple una función preventiva *en la mayor parte de los casos*. Pero también es verdad que con una supresión de la cláusula, dejando el contrato como un contrato sin pacto de arras, es decir, estando ambas partes sujetas a su cumplimiento, se está perjudicando en igual medida a predisponente y adherente puesto que este último pierde la posibilidad de desistir del negocio entregando una cantidad fijada.

enfrentarse a ellas hablan de *moderar* la cláusula (arts. 1154 y 1103 Cc)). Aquí, sin embargo, para ser coherentes con lo argumentado para el resto de las cláusulas en general, la consecuencia de la contrariedad con la buena fe sería la nulidad de la misma. En el caso de cláusulas penales sustitutivas, pensamos que su supresión por ser contrarias a la buena fe podría dar entrada a la regulación dispositiva de la indemnización por daños y perjuicios contenida en los arts. 1101 y ss. De este modo, el predisponente perdería el beneficio que representa una liquidación anticipada de los daños y pasaría a ver regulada su situación por las reglas generales de cálculo y prueba de la indemnización<sup>1589</sup>.

Más complejas son las consecuencias de una cláusula penal punitiva contraria a la buena fe por imponer una pena considerada exorbitante -aun teniendo en cuenta el factor sancionador que es intrínseco a la cláusula-. Aplicando lo expuesto en las líneas anteriores, no cabe una reducción del elemento punitivo de la cláusula hasta lo que “fuera conforme a la buena fe”. Por ejemplo, la nulidad de una cláusula cumulativa, que permitiera al predisponente recibir el pago tanto de la indemnización de daños y perjuicios como de la pena, conllevaría la obligación del adherente de pagar solo las cantidades derivadas de las normas generales de resarcimiento de daños del Cc<sup>1590</sup>. Es por ello que, aunque mantenemos que también en una cláusula penal punitiva puede darse la contrariedad con la buena fe, es cierto que una reducción de la pena hasta donde la sanción no fuera exorbitante, no encajaría con las posibles consecuencias pues tendría que ser privada totalmente de efectos<sup>1591</sup>.

---

<sup>1589</sup> Al hilo del comentario de la STJUE que prohíbe la reducción conservadora de la validez, parece ofrecer este planteamiento (en contratos de consumo) GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Efectos de la no vinculación del consumidor...”, op. cit., p. 354, al señalar que en las cláusulas penales de liquidación de daño derivado de incumplimiento con una cuantía desproporcionada se debe prescindir de ellas “*lo que, creo, conduce a las normas generales de resarcimiento de daños*”. En contra se manifiesta ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios...”, op. cit.. El autor (dentro del contexto de los contratos de consumo y el TRLGDCU y, es verdad, que sin especificar si se refiere a una cláusula penal sustitutiva o punitiva) afirma que cuando se pacta en condiciones generales una cláusula penal y es calificada de abusiva, la consecuencia es que el adherente no ha de pagar penalización alguna.

<sup>1590</sup> Dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Efectos de la no vinculación del consumidor...”, op. cit., p. 354, que cuando una cláusula penal se revela de carácter punitivo y abusiva, los tribunales tienden a denegar cualquier indemnización si no ha habido daños.

<sup>1591</sup> La única forma sería, quizás, recurrir a los usos o la buena fe, en este caso, como estricta fuente de integración del contrato según el art. 1258 Cc, aunque consideramos de difícil determinación qué pena –en el sentido de coerción o castigo– sería “la adecuada a la buena fe”.



**RECAPITULACIÓN*****LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL COMO NORMA DE CONTROL DE CONTENIDO***

---

A lo largo de todo el trabajo se ha planteado la necesidad de un control de contenido que pudiera hacer frente a los abusos que también en contratos entre empresarios se pueden producir, si éstos son resultado de un procedimiento que se caracteriza por el déficit de la autonomía de la voluntad. No todo empresario adherente es susceptible de ser protegido pero el hecho de no ser consumidor no le excluye en algunos casos de ser la parte débil de la relación y de que le sean impuestas verdaderas cláusulas “abusivas” por parte de un predisponente que hace uso en este sentido de su posición de preeminencia. A pesar de esto, la LCGC excluye un control específico de contenido para los contratos predispuestos entre empresarios, remitiendo a las normas generales imperativas y prohibitivas. El Derecho imperativo, si bien puede dar solución ejerciendo de límite en algunos supuestos, no llega a cubrir todos los escenarios potenciales de abusos, lo cual no es de extrañar en tanto en cuanto las normas de *ius cogens* son cotos a la autonomía de la voluntad pensados para cuando ésta existe en su sentido más pleno, no para cuando el proceso de formación del negocio jurídico ha adolecido de falta de autonomía privada bilateral. Son supuestos distintos que necesitan un tratamiento distinto.

Ante esta ausencia en nuestro Derecho de condiciones generales de una disposición legal específica para un control material de los contratos predispuestos entre empresarios, una solución es el recurso a la cláusula general de la buena fe. El control que hemos defendido en este apartado se basa en el principio general de la buena fe positivizado en el art. 1258 Cc como una norma de integración contractual a la que, sin embargo, pueden otorgársele efectos más amplios. Volvemos a incidir en la idea de que, cuando estamos ante contratos en los que no existe una verdadera autonomía de la voluntad bilateral, pues una de las partes –el adherente- tan solo participa de la formación del contrato dando su consentimiento a un texto que plantea el predisponente y dejando en sus manos, por tanto, el hecho de que se hayan incluido también en el contenido del mismo sus intereses legítimos, si hay una contradicción entre lo así “pactado” y las consecuencias de la buena fe, obliga con prioridad lo segundo. Es decir, la trascendencia del concepto de “pacto” como manifestación de la autonomía de la voluntad y como ámbito en el que no es posible la injerencia externa se diluye como consecuencia del proceso típico de contratación

mediante condiciones generales. Y esto ocurre también, repetimos, aunque sea con diferente intensidad que en el Derecho de consumo, en contratos mediante condiciones generales entre empresarios. En el fondo, no se opone a esta idea la LCGC, texto que tiene como objetivo la protección, mediante diversos controles, de la figura del adherente. Si bien es verdad que el control de contenido específico en ella articulado –actualmente, en el TRLGDCU- se reserva para los contratos con consumidores, también lo es que se reconoce que los empresarios que se adhieren a un contrato mediante condiciones generales pueden sufrir abusos por parte del predisponente, aunque éstos tengan que reconducirse, en lo que a control material se refiere, por la vía de las normas generales imperativas y prohibitivas. Una de estas normas es, precisamente, el art. 1258 Cc y su mención a la buena fe, de aplicación a todos los contratos y, por tanto, también a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. La buena fe puede desplegar respecto de ellos todos sus efectos, que incluyen la imposición de contenidos aun al margen de la voluntad de las partes pero también, pensamos, el control negativo de aquellas condiciones que resulten contrarias al principio general cuando no hay una autonomía bilateral plena. No hay contradicción aquí, realmente, entre el principio *pacta sunt servanda* y la injerencia en el contrato, pues la formación de las condiciones generales se caracteriza por un déficit de autonomía de la voluntad tanto si el adherente es consumidor como si es empresario. Tampoco entre ésta –la injerencia- y el ordenamiento jurídico, pues solo se rechaza que exista un control de contenido específico para contratos entre empresarios, como ocurre con consumidores, pero no que se pueda producir la nulidad de cláusulas contrarias a normas generales imperativas, como es, a nuestro juicio, la buena fe del art. 1258 Cc, cuando se contrapone con una fuente “falsamente” autónoma del contrato. Además, en línea con esta idea de necesidad de protección al empresario débil, vemos cómo en algunos sectores el legislador ha empezado a configurar de forma expresa un control de contenido en ámbitos de contratación entre empresarios. Del mismo modo, y aunque no podemos hablar ni mucho menos de una posición unitaria, sí que encontramos en la jurisprudencia de forma creciente ejemplos de cómo los tribunales, ante situaciones de abuso en contratos entre empresarios, intentan darles una solución recurriendo, en especial, a figura de la buena fe, en conjunción con otros elementos que la complementan.

Antes de seguir con la configuración de la buena fe como norma de control hay que incidir en la idea de que, a diferencia del consumidor, no todo empresario adherente merece la misma protección puesto que sus características y situación pueden ser muy diversas. Se puede recurrir, por ejemplo, a un criterio objetivo y cerrado para delimitar qué empresarios

son susceptibles de ser tutelados por el ordenamiento jurídico. Es lo que se hace en Holanda o en la reforma que se está tramitando en el Reino Unido recurriendo al concepto de “*micro business*”, adherente al que considera especialmente sensible, delimitándolo en función del número de empleados<sup>1592</sup>. Sin embargo, para dar cabida a todos los supuestos, como sabemos, se apuesta aquí por un sistema menos cierto y cómodo pero más flexible, al estilo del dispuesto en el ordenamiento jurídico alemán -y en el portugués, sin perjuicio de las diferencias que supone la previsión expresa de listas negra y gris de cláusulas abusivas entre empresarios-, en los textos de Derecho europeo de contratos y en la Propuesta de Modernización nacional. Se trata de determinar caso por caso si se ha producido una contrariedad a la buena fe por parte del predisponente, según la necesidad de protección del adherente empresario. Para ello, habrá que estar al sector en el que se opera, pues no se le puede exigir a un empresario las mismas competencias si contrata dentro de su sector económico que si lo hace fuera. Pero, y con independencia de la ajeneidad del ámbito de negocio, también habrá que tener en cuenta, de forma especial, la posición relativa del adherente respecto del predisponente –tamaño, experiencia, capacidad de acceso a servicios de asesoramiento legal, estructura del mercado, dependencia del predisponente-. La valoración de una cláusula inserta en un contrato depende de un conjunto de criterios que van más allá del tamaño de la empresa aunque, evidentemente, éste sea un dato especialmente indicativo.

Si tomamos la buena fe del art. 1258 Cc como punto de partida para poder controlar los posibles abusos, debemos concretar sus implicaciones pues, como cláusula general que es, la amplitud y versatilidad que la caracterizan tienen como contrapartida negativa su indeterminación. Sin querer ni poder eliminar ésta, a la vista de la jurisprudencia en el ámbito contractual, podemos decir que la buena fe objetiva del art. 1258 Cc obliga, por una parte, a un comportamiento conforme a las expectativas de las partes y, por otra, a tener razonablemente en consideración en la configuración del contrato también los intereses legítimos de la contraparte. Deber de transparencia, en un caso, y de relativo equilibrio o proporcionalidad, en otro. Deberes que, teniendo en cuenta el proceso de formación de los contratos mediante condiciones generales –para todo adherente-, cobran una mayor trascendencia. Trascendencia que también alcanza en este ámbito el Derecho dispositivo, no como límite pero sí como referente o modelo que aporta el legislador de la mejor

---

<sup>1592</sup> Recordamos que, además de este criterio, hay que tener en cuenta otros como el valor del contrato, el tipo de negocio o el sector en el que se contrata. Para ello, nos remitimos al apartado correspondiente donde se analiza el *Proyecto sobre Unfair Terms in Contracts (Law and Scottish Law Commission)*, Primera parte. Capítulo II. I. 3.3.

composición de intereses de las partes, pues no es sino a él a lo que debería tender una regulación contractual equilibrada. De esta forma, abusos habituales en la contratación entre empresarios y que no encuentran en el Derecho imperativo un límite (ej. cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad) podrían ser controlados, siendo la consecuencia de este control la ineficacia de la cláusula y el posterior recurso a las reglas de integración que permiten la aplicación del Derecho dispositivo.

Concluyendo, el control que se puede instaurar a través de la buena fe del art. 1258 Cc permitiría, de esta manera, dar una protección general al adherente empresario que así lo merezca frente a los abusos que comete el predisponente aprovechando el especial mecanismo de formación del contrato mediante condiciones generales. Es necesaria la aplicación de un control de este tipo pues, por una parte, está demostrado que no solo el consumidor puede ser contratante débil y, por otra, el recurso al resto del Derecho imperativo vigente no es suficiente para cubrir todos los posibles supuestos de cláusulas “abusivas” que pueden darse en la contratación entre empresarios. No es, desde luego, una idea nueva entre la doctrina y la jurisprudencia –hemos visto cómo algunos tribunales tratan, con mayor o menor acierto, de reequilibrar las posiciones del adherente y el predisponente-. Y tampoco se ha podido quedar al margen el legislador, que ha tenido que reconocer expresamente la necesidad de protección en algunos ámbitos (por ejemplo, en la LMOC o en el contrato de seguro o de transporte). Sin duda, la buena fe que contiene el art. 1258 Cc, norma de integración imperativa, fuente de comportamientos debidos y que representa uno de los principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico, puede ser una auténtica cláusula general sobre la que configurar un control de contenido. Aunque no esté expresamente concebida dentro del art. 1255 Cc, encontramos justificado que represente también un límite a la autonomía de la voluntad cuando realmente tal autonomía no es plena, es decir, en la contratación mediante condiciones generales.



---

**CONCLUSIONES**

---

I. La contratación mediante condiciones generales se lleva a cabo a través de un procedimiento caracterizado por un déficit de la autonomía de la voluntad. El predisponente ejercita su derecho a la libertad de contratación mientras que al adherente solo le resta aceptar o rechazar las condiciones predispuestas por la contraparte sin posibilidad de negociar sus intereses en el contrato. Este procedimiento de formación del negocio jurídico facilita la inserción por parte del predisponente de cláusulas abusivas en perjuicio del adherente, que no habrían formado parte del contrato si éste hubiese sido resultado de la expresión de una plena autonomía privada de ambas partes. La existencia de competencia en el mercado no garantiza la expulsión de estas cláusulas abusivas, no deseables ni económica ni jurídicamente, por lo que tiene que ser el legislador el que establezca los necesarios mecanismos de control material de la autonomía de la voluntad. Estos mecanismos deben ser diferentes a los límites generales previstos para los contratos negociados, pues diferente ha sido el proceso de formación de la voluntad.

Las peculiaridades del Derecho de las condiciones generales respecto de la contratación negociada no se limitan a los contratos de consumo sino que se extienden, con matices, también a adherentes que ostentan la condición de empresario. La libertad de contratación está incluida dentro de la libertad de empresa prevista en el art. 38 CE, que afecta a todo operador económico. La libertad de contratación se compone tanto de la libertad de constituir una relación jurídica como de la libertad de determinar el contenido de la misma. En aquellos supuestos en los que no se pueda garantizar que existe una efectiva libertad de contratación, debe asegurarse un contenido contractual equilibrado, previsión que también es necesaria para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Para determinar la necesidad de protección de un adherente empresario frente a abusos, pensamos que no debe fijarse un criterio cerrado (*v. gr.* número de empleados, volumen de facturación) sino que habrá que estar, caso por caso y por un lado, al ámbito en el que se enmarca el contrato y su mayor o menor ajeneidad respecto de la actividad empresarial habitual del adherente; y por otro, como criterio principal, a la fuerza de la posición contractual que ocupa el adherente respecto del predisponente.

**II.** El estudio de la regulación de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios en los ordenamientos jurídicos vecinos así como en los textos de Derecho europeo de contratos, refuerza la posición a favor de un control de contenido en los mismos. En algunos países –Alemania, Portugal, Holanda- se contempla expresamente la protección a los adherentes empresarios en contratos mediante condiciones generales. En otros, si bien no existe esta previsión general, sí que existen regulaciones parciales limitadas, bien a determinadas cláusulas –Inglaterra-, bien a determinados ámbitos –Francia, Italia-, que implican al menos una cierta voluntad de control. En ellos, además, se plantean procesos de reforma que contemplan al empresario adherente como sujeto a tutelar, en la misma línea que lo hacen, sin perjuicio de sus peculiaridades propias, todos los textos de Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, Principios Acquis, CESL), con la sola excepción del Proyecto de Pavía.

En este punto coincide alguna de las reformas planteadas en nuestro ordenamiento jurídico con el escenario en el Derecho comparado pues, al menos la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Sección Civil de la Comisión General de Codificación) –no así la Propuesta en materia mercantil-, supone una ruptura total con la regulación vigente al configurar un control material basado en la buena fe para cláusulas no negociadas individualmente y *para todo adherente*, además de reforzarlo con una presunción de abusividad para aquellas condiciones generales que se aparten del Derecho dispositivo. Sin embargo, para garantizar en la mayor medida posible una aplicación de este control adecuada a las distintas situaciones y necesidades de protección en las que se pueden encontrar los empresarios adherentes, creemos que sería conveniente incluir una mención específica que comportara la necesidad de tener en cuenta los usos o las prácticas en el tráfico negocial entre empresarios.

**III.** La LCGC, única de aplicación en materia de condiciones generales de la contratación a los contratos entre empresarios, no prevé un control de contenido específico cuando el adherente es empresario y, por otro lado, no es posible una aplicación analógica de la normativa protectora de los consumidores. Así, los adherentes empresarios tan solo están protegidos por un control de incorporación no ajustado a las particularidades del tráfico mercantil, por una parte, e insuficiente como único control para proteger respecto de los abusos de los predisponentes, por otra. Tampoco nos parece que las reglas de interpretación, ni siquiera la tan aplicada regla *contra proferentem*, pueden ejercer adecuadamente el papel de una norma de control de contenido. Del examen realizado concluimos que nuestra legislación es la peor situada en este sentido pues no solo no se

prevé un control de contenido general sino que, además, dentro de las escasas regulaciones sectoriales que sí que permiten en la actualidad una cierta protección del empresario adherente –véase, contrato de seguro mediante la figura de las “cláusulas lesivas”; contratos de transporte de mercancías en determinados aspectos; morosidad comercial-, no se incluyen ámbitos –como el de la distribución- de una reconocida desigualdad estructural entre los contratantes y de generalizada presencia de contratación predispuesta, que sí que son objeto de regulación, por el contrario, en ordenamientos jurídicos que también carecen, como el nuestro, de un control material general en contratos entre empresarios –Italia, Francia-.

**IV.** Las conductas prohibidas por las normas del Derecho de la competencia no abarcan todos los posibles supuestos de abusos que pueden generarse a través de la contratación no negociada. El Derecho de la competencia y el Derecho de las condiciones generales de la contratación comparten espacios, pues en ambas disciplinas hay un componente de desequilibrio entre los sujetos que interactúan, pero para la normativa de la competencia no es relevante si el perjuicio de la parte débil es consecuencia de un proceso de formación del negocio jurídico en el que no ha habido plena libertad contractual desde el punto de vista material. Este elemento, por el contrario, es sobre el que se asienta la justificación del control de contenido, en su caso, en las condiciones generales de la contratación.

**V.** Ante la inexistencia de un control material específico para los contratos mediante condiciones generales fuera del ámbito del Derecho de consumo y la exclusión del Derecho de la competencia como opción que garantice una protección adecuada a los empresarios adherentes débiles frente a los abusos de los predisponentes, los únicos límites a la autonomía de la voluntad a los que se puede recurrir son, *a priori*, los contenidos en el art. 1255 Cc: la ley imperativa, la moral y el orden público.

**VI.** Los conceptos de moral y orden público son conceptos jurídicos indeterminados y, por ende, de difícil acotación, cuyas implicaciones más evidentes en materia contractual han sido en gran medida, además, ya incorporadas a normas positivas. La necesidad de control de contenido de las condiciones generales en contratos entre empresarios excede de las posibilidades de la moral y el orden público como criterios de nulidad contractual. La mayor parte de los supuestos de cláusulas “abusivas” en este ámbito no serían de una entidad tal como para ser reconducidos a una actuación del predisponente que pudiera ser considerada contraria a la moral por suponer una desviación a su favor respecto de la “ley

universal” de la formulación kantiana. Tampoco cualquier conjunción de falta de libertad de contratación y ausencia de conmutatividad en el contenido del contrato es contraria al orden público (económico), a pesar de la mayor proximidad de esta figura con el procedimiento de contratación mediante condiciones generales.

**VII.** En cambio, las normas de *ius cogens* sí suponen un límite más concreto a la autonomía privada para todo contrato y, por tanto, también para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Estas reglas imperativas se encuentran diseminadas a lo largo de diversos textos legales, siendo la interdicción de la arbitrariedad contenida en el art. 1256 Cc la que, concluimos, más posibilidades u opciones presenta como norma para alcanzar un equilibrio material del contrato. Lo prohibido es que el contrato quede al mero arbitrio o voluntad de una de las partes pero no hay reproche jurídico, por el contrario, si la cláusula se refiere al arbitrio *boni viri*, esto es, aquél sujeto a un criterio determinado y objetivo, o bien si existe una justificación para esta reserva de facultades de decisión unilateral a favor del predisponente que se aparta de la composición equilibrada de intereses en el contrato. El genérico supuesto de hecho del art. 1256 Cc está necesitado de una concreción que no ha llevado a cabo la jurisprudencia y para la que es útil tomar como referencia el listado de las cláusulas abusivas del TRLGDCU en contratos con consumidores. Esta aproximación no supone una aplicación extensiva de las normas de Derecho de consumo fuera de su ámbito (ni siquiera al estilo de la “*Indiztheorie*” alemana) pues la nulidad de estas cláusulas en contratos entre empresarios sería, en su caso, por contravención con el propio principio imperativo de interdicción de la arbitrariedad.

Un primer grupo de cláusulas que se podrían ver afectadas por este principio serían aquellas que directamente representan la prohibición del art. 1256 Cc al disponer que algún aspecto relevante del contrato queda a la voluntad del predisponente, bien mediante la atribución al mismo de facultades que pueda ejercitar a su libre arbitrio “unilateralmente”, bien con alguna expresión que tenga similares consecuencias. Es el caso de la reserva de facultades de modificación del contrato, de dar por terminado el mismo o el caso del privilegio de interpretar el contrato o de poder determinar si los bienes o servicios objeto del mismo se adecúan a lo pactado. Estas dos últimas cláusulas, en todo caso, podrían ser nulas tanto en virtud del art. 1256 Cc como por aplicación de las reglas –imperativas para todo adherente- de interpretación del contrato en condiciones generales.

También pueden ser contrarias a la interdicción de la arbitrariedad otras cláusulas que, aunque formalmente no suponen la reserva por parte del predisponente de una facultad

de decidir de modo arbitrario sobre algún aspecto del negocio jurídico, pueden conllevar, según su configuración, las mismas implicaciones en contratos mediante condiciones generales. Es el caso de cláusulas que establezcan plazos indeterminados o excesivamente amplios para aceptar o rechazar la oferta o para el cumplimiento de la prestación, cláusulas que configuren una prórroga tácita del contrato de tal forma que sea difícil para el adherente la desvinculación del mismo o cláusulas que restrinjan la eficacia de acuerdos particulares - válidamente adoptados- mediante la exigencia de formalidades adicionales o la supeditación a una ulterior aceptación por el principal-predisponente.

El art. 1256 Cc puede tener relevancia asimismo frente a cláusulas que limitan los derechos básicos del *adherente acreedor* frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Es el caso de la supresión de la facultad de resolución del contrato ante el incumplimiento grave del predisponente, cláusula nula, en nuestra opinión, por dejar en manos de este último el contrato sin permitir la desvinculación del adherente. También de las cláusulas de modificación de la responsabilidad, según sobre qué obligaciones recaigan y cómo sea la limitación. Si el efecto es dejar desprotegido al adherente, sin justificación ni compensación, la interdicción de la arbitrariedad podría ser un límite a la autonomía de la voluntad, del mismo modo que lo es siempre el art. 1102 Cc respecto, en este caso, a cualquier exoneración o limitación de la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave. Las mismas precisiones son válidas para la responsabilidad por vicios ocultos, sumando en este caso la protección que supone el imperativo art. 1485 II Cc frente a una cláusula que limitase la responsabilidad del vendedor-predisponente de saneamiento en caso de mala fe. Por el otro lado, en cuanto a limitación de los derechos básicos del *adherente deudor*, éste tiene asegurada su protección frente a cláusulas que pudieran eliminar su facultad de consignación o limitarla de cualquier modo mediante formalidades añadidas a las del art. 1176 Cc, al ser éste de naturaleza *ius cogens*.

Así conceptualizado, concluimos que el art. 1256 Cc, a pesar de su amplitud, no puede hacer frente a supuestos que, sin ser contrarios a la interdicción de la arbitrariedad, suponen también un perjuicio desproporcionado para el adherente empresario débil y que, por tanto, se quedan sin protección. Lo mismo ocurre en el caso de las cláusulas penales exorbitantes que, a nuestro juicio, no pueden moderarse recurriendo al art. 1154 Cc, pues si bien se trata de un precepto imperativo, está concebido solo para que el Juez adecúe la pena prevista para un incumplimiento total en caso de que el incumplimiento sea parcial pero no para la moderación de cláusulas penales desproporcionadas en casos de incumplimientos totales.

Por otro lado, fuera del Código civil y de comercio encontramos normas imperativas que suponen un límite a la autonomía de la voluntad del predisponente en materia procesal. Una cláusula que imponga al adherente una carga de la prueba que se aparte de la composición dispuesta en el art. 217.2º y 3º LEC, será nula. Más todavía: el Juez puede dejar sin aplicación una cláusula que, a pesar de respetar dichas reglas, suponga un abuso para el adherente atendiendo a la concreta disponibilidad y facilidad probatoria de las partes (art. 217.7º LEC). Aunque esta norma es de aplicación a todo contrato, negociado o no, es fácil colegir el papel que puede representar en la contratación mediante condiciones generales, en la que la desigualdad evidente entre la posición de las partes conlleva también una desigualdad frente a los medios probatorios. Teniendo en cuenta esta necesidad de protección del contratante adherente, el art. 54 LEC, por su parte, declara nulas las cláusulas de sumisión expresa contenidas en condiciones generales impuestas por una de las partes - para todo adherente-, buscando con ello eliminar obstáculos que pudieran dificultar el ejercicio judicial de sus derechos.

Por último, y no menos importante, también en el ámbito de la financiación de la actividad empresarial existen ciertas normas que pueden desempeñar una función de control y que deben ser respetadas por el predisponente. Al menos es así en cuanto a la financiación mediante al crédito comercial, pues la primera norma que expresamente configura en contratos entre empresarios un control de contenido apoyado en la cláusula general de la buena fe, las buenas prácticas comerciales y en la idea de la necesidad de una razón objetiva para apartarse del Derecho dispositivo es, precisamente, la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales (LMOC). Las cláusulas que regulen los requisitos para incurrir en mora, el interés de demora, la indemnización por costes de cobro y el plazo de cumplimiento están sujetas a un control de abusividad, especialmente rígido respecto al último supuesto por cuanto se combina con un límite temporal totalmente imperativo (sin perjuicio, a nuestro entender, de lo dispuesto por el art. 17 LOCM para su ámbito de aplicación). No concluimos lo mismo, sin embargo, en relación con la financiación mediante entidades de crédito. Las obligaciones de transparencia que se encuentran en la normativa aplicable al sector bancario no son suficientes ni desde el punto de vista subjetivo –por afectar solo al empresario persona física-, ni desde el punto de vista objetivo –por restringirse a unos aspectos básicos de los créditos y préstamos hipotecarios- ni, tampoco, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas –el control implicaría meras sanciones administrativas-. Tampoco la Ley de Usura de 1908 supone un límite general en los contratos de préstamos y similares pues el control de un interés

desproporcionado es de aplicación no al interés moratorio sino solo al interés retributivo –y, además, tomado éste en un sentido estricto, sin comisiones o gastos añadidos al tipo nominal-. Ahora bien, consideramos que también un tipo de interés de demora que, atendiendo a las posibilidades efectivas de cumplimiento del adherente según lo pactado, sea desproporcionado y cumpla una función más próxima a la retributiva, podrá ser sancionado por la citada Ley de carácter imperativo.

En cualquier caso, ninguna de las normas protectoras en materia de financiación de la actividad empresarial tiene como fundamento explícito la existencia de un déficit de autonomía de la voluntad derivado de una contratación no negociada. Esto no es relevante en la financiación comercial, donde el adherente empresario débil está protegido –sin perjuicio de que también se abarquen los contratos negociados-, pero sí en los contratos estrictamente financieros pues son claras las necesidades de protección en este sector, en el que lo habitual es la contratación mediante condiciones generales y donde no es raro la existencia de una gran diferencia de fuerza entre el predisponente (entidad financiera) y el adherente (empresario débil).

**VIII.** El análisis desarrollado del tema nos lleva a concluir que debe valorarse de forma negativa el nivel de protección que se puede obtener mediante los límites generales a la autonomía de la voluntad previstos en el art. 1255 Cc para todo contrato. Se trata, a nuestro juicio, de soluciones parciales que resultan insuficientes para dar respuesta a todos los supuestos de abusos merecedores de protección en condiciones generales entre empresarios y que, sin embargo, carecen de ella. Resulta preciso recurrir a una figura que pueda cumplir la función de protección, siendo el flexible concepto de la buena fe, presente en la mayoría de los controles de contenido, el que mejor recoge la esencia del planteamiento de partida: es contrario a la buena fe que el predisponente haga uso de su derecho y también del derecho ajeno –el del adherente- a determinar el contenido del contrato y, aprovechándose del peculiar proceso de formación del mismo y de su situación de superioridad, incluya un contenido beneficioso para él y perjudicial para el adherente, que éste no habría aceptado de haber tenido la oportunidad de tomar parte o influir en la configuración del clausulado.

En este sentido, nos sumamos a la doctrina autorizada que aboga por recurrir a la buena fe del art. 1258 Cc como norma de control de contenido en contratos mediante condiciones generales. Según este precepto, el contrato obliga a lo expresamente pactado (fuente autónoma) así como a las consecuencias conformes a la buena fe, al uso y a la ley

dispositiva (fuentes heterónomas). El principio de la buena fe no puede ser desplazado por un contenido resultado de un proceso de formación que se caracteriza precisamente por un déficit de la autonomía de la voluntad. El hecho de que la fuente autónoma del contrato pase a ser *pseudoautónoma* en condiciones generales es lo que posibilita la conexión de la injerencia positiva de la buena fe como norma de integración con la injerencia negativa como norma de control de contenido. Esta aplicación de la buena fe del art. 1258 Cc más allá de su función integrativa es un desarrollo del Derecho “*extra legem*” pero “*intra ius*”: no supone una distorsión de nuestro Ordenamiento jurídico pues se protege al empresario adherente débil –porque también se ve afectado por la falta de una plena autonomía privada- recurriendo a reglas generales de obligaciones y no a un control específico como en el Derecho de consumo, que es lo que rechaza la LCGC.

Así las cosas, la buena fe en materia contractual conlleva, en primer lugar, un *deber de transparencia* que obliga al predisponente a que las cláusulas sean comprensibles no solo desde el punto de vista formal sino también respecto de la carga económica y jurídica que realmente suponen para el adherente. En segundo lugar, conlleva un *deber de proporción o equilibrio en la configuración de los derechos y obligaciones* de las partes, esto es, implica que el predisponente tiene que tener razonablemente en consideración los intereses legítimos del adherente. El Derecho dispositivo, como mejor ponderación de los intereses de las partes, cumple la función de modelo o referencia respecto del que valorar la desviación de las cláusulas, valoración que tendrá que incluir, tanto en este caso como en el de la transparencia, las características del ámbito en el que se contrata y la posición de debilidad del adherente respecto del predisponente. Así, a través de la buena fe del art. 1258 Cc consideramos que se pueden controlar todos aquellos abusos en condiciones generales para los que el Derecho imperativo no supone un límite, como es el caso de muchos de los supuestos citados a lo largo del trabajo (v. gr. ciertas cláusulas de limitación de responsabilidad, cláusulas relativas a plazos, a formalidades añadidas, a limitaciones de facultades de compensación, de cesión de contrato, arras o cláusulas penales). La consecuencia de que una cláusula fuera considerada contraria a la buena fe sería la nulidad, debiendo ser integrada con las reglas generales aplicables en defecto de pacto.



## BIBLIOGRAFÍA

---

ACEDO PENSO, A., “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 14 – 15, 1996 – 1997, pp. 323 – 392.

ACTUALIZA. Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España, *Alegaciones a la Propuesta de Código de Mercantil*, Madrid, 11 de noviembre de 2013.

AGUILLAUME GANDASEGUI, G., “El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad”, *La Ley*, 2005, 4, pp. 1687 – 1695.

AKERLOF, G. A., “The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism”, en GOLDBERG, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 24 – 28.

ALBALADEJO, M., *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 14 ed., Edisofer, Madrid, 1007 p.

- “La nulidad de los préstamos usurarios”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, nº 1, 1995, pp. 33 – 49.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, núm. 3, julio-septiembre 2002, pp. 1133 – 1227.

- “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, en SÁNCHEZ LORENZO, S.; MOYA ESCUDERO, M. (ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 315 – 336.
- “Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles; Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, pp. 75 – 95.
- “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero – junio, 2006, pp. 101 – 120.
- “El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales (A propósito del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 103, año XXV, julio-septiembre 2006, pp. 209 – 238.
- *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Navarra, 2009, 333 p.

- “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, en SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Navarra, 2009, pp. 93 -187.
- “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15 – 25.
- “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código civil: una tendencia muy europea”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 194 – 238.
- “Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación”, *Diario La Ley*, núm. 8172, 17 octubre 2013.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La interpretación de las condiciones generales de los contratos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 183 – 184, enero – junio, 1987, pp. 7 – 61.

- *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, 509 p.
- “La función de los usos en el Código de comercio (Notas para una reinterpretación del art. 2 C. de c.)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio – septiembre 1992, pp. 419 – 444.
- Voz “Integración contractual (Dº Civil)”, en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3636 – 3642.
- Voz “Leasing (Dº Mercantil)”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3915 – 3920.
- “El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, año XVI, julio septiembre 1997, pp. 839 – 902.
- “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, pp. 53 – 70.
- “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 75 – 93.
- “Comentario al artículo 1”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 97 – 141.
- “La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad”, *Indret*, julio 2005, 26 p.
- “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBÒ JUAN, A. (dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 193 – 226.

- “EU late payments: Probablemente el primer caso de la infracción de derechos fundamentales por la legislación europea”, 30 de abril de 2010, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
- “¿Es una restricción proporcional de la libertad contractual prohibir todos los pactos contractuales sobre el plazo para evitar los abusos?”, 29 de junio de 2010, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
- “La arriesgada vida de una Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93”, 15 de febrero de 2012, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
- “La Sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas”, 14 de junio de 2012, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
- “Supremo confirma que el control de las cláusulas predisuestas no afecta al precio”, 26 de julio de 2012, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
- “La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado de un Juez de Santander”, 30 de noviembre de 2013, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es>.

ALFARO, J.; CAMPINS, A., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 6ª”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, 1062 – 1067.

ALGUER, J., “El concepto de la buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho privado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 33, septiembre – octubre, 1927, pp. 422 – 439; 507 – 555.

ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario a los artículos 1255 y 1256”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 497 – 509.

- “Comentario al artículo 1258”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 515 – 520.

ALMEIDA COSTA, M. J.; MENEZES CORDEIRO, A., *Cláusulas contratuais gerais, Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 1986, 76 p.

- *Direito das obrigações*, 11 ed., Almedina, Coimbra, 2008, 1146 p.

ALONSO PÉREZ, M. T.; ALMAGRO MARTÍN, C., “El arrendamiento de servicios”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*, tomo IV, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 51 – 173.

ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución comercial”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167 – 221.

- “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 57 – 73.
- “Los contratos de distribución en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, 2014, pp. 13 – 24.

ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1998, 490 p.

ALVAREZ OLALLA, P., “Comentario a las Disposiciones Adicionales 1ª.I.2ª y 1ª.I.8ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 849 – 888; 938 – 990.

- “El nuevo plazo de cumplimiento de las operaciones comerciales entre empresas ¿Una infracción de las exigencias de la Directiva?”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm 6, 2000, pp. 23 – 32.
- “No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE”, *Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal*, vol 1, núm. 11, marzo, 2013, pp. 51 – 60.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Comentario al artículo 1124”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3ª ed., Comares, Granada, 2003, 431 p.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1993, 195 p.

- “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 46, 1998, pp. 357 – 374.

ANAYA, G., “Propuesta española de Código mercantil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre 2013, pp. 41 – 66.

ANGULO RODRÍGUEZ, L., “El contrato de comisión”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009.

ARANA DE LA FUENTE, I., “La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 4, octubre-diciembre 2009, pp. 1579 – 1686.

- “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, octubre 2010, 19 p.

ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1978, 391 p.

ARIAS VARONA, F. J., “La asistencia en tierra en los aeropuertos (“Handling”) y la responsabilidad del prestador del servicio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 271, enero – marzo, 2009, pp. 135 – 184.

ARROYO AMAYUELAS, E., “Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209 – 238.

ARROYO MARTÍNEZ, I., “Personal colaborador del empresario de la navegación”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2007, pp. 1263 – 1307.

- “Contratos de utilización del buque (III)”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2007, pp. 1469 – 1504.

- “Comentario al artículo 3”, en VVAA, *Ley de contrato de seguro*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 20 – 26.
  
- ARROYO, I; BOET, E.; MIQUEL, J. (et al.), *Ley de contrato de seguro con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Tecnos, Madrid, 2003, 159 p.
  
- ARRUÑADA, B., *La Directiva sobre morosidad: una mala solución a un falso problema*, Marcial Pons; Idelco, Madrid, 1999, 87 p.
  
- “La Ley contra la morosidad comercial”, *InDret*, julio 2004, 14 p.
  
- ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 127 – 170.
  
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, 187 p.
  
- AVILÉS GARCÍA, J., “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, septiembre – octubre 1998, núm. 648, pp. 1533-1585.
  
- BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre restricciones verticales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 383 p.
  
- BADENAS CARPIO, J. M., “Comentario al artículo 2. Ámbito subjetivo”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 37 – 92.
  
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1987, 1042 p.
  
- “Comentario al artículo 1102”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
  
- BAKOUICHE, D., “Protection des consommateurs. L’application de la législation sur les clauses abusives aux personnes morales”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, nº 21, mai 2005, pp. 855 – 858.
  
- BALLUGERA GÓMEZ, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7507, 11 noviembre 2010.
  
- “La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8078, 8 mayo 2013.
  
- “Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos”, *Diario La Ley*, núm. 8344,1 julio 2014.
  
- BARCELONA, E., “Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: “solidarietà sociale” o inderogabilità del “mercato”? (Note a propósito di Cass. n. 20106/2009)”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, pp. 165 – 216.

BAREA NAVAMUEL, J., “Los sectores de la distribución comercial ante la regulación de los contratos de distribución comercial: una visión del Anteproyecto de Ley de contratos de distribución comercial: una visión del Anteproyecto de Ley de contratos de distribución desde los operadores económicos”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 895 – 926.

BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J. M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, 403 p.

BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*, Dykinson, Madrid, 1999, 234 p.

BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 455 p.

BASEDOW, J., “Kommentar zum § 305 BGB”, en JÜRGEN, F.; RIXECKER, R. (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., Beck, München, 2007, pp. 1013 - 1115.

BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 116 p.

- “Comentario a los artículos 1740 a 1757”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1883 – 1902.

BATALLER GRAU, J., “Un Marco Común de Referencia para el contrato de seguro en la Unión Europea”, *Revista española de seguros*, núm. 136, 2008, pp. 669 – 685.

BATLLE SALES, G., “Las convenciones ilícitas en los negocios mercantiles. Reflexiones en torno al artículo 53 del Código de comercio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio – septiembre, 1992, pp. 445 – 468.

BATLLE VÁZQUEZ, M., “Comentario al artículo 7”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, Edera, Madrid, 1978, pp. 116 – 126.

BECKER, F., “Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht”, *Juristenzeitung*, 22, November 2010, pp. 1098 – 1106.

BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 104 p.

BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 10ª ed., Montchrestien, Paris, 2005, 690 p.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Comentario a los artículos 1113 a 1124”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1324 – 1338.

- “Comentario al artículo 1256”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 1479 – 1480.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la sentencia de 26 de mayo de 1986”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, abril – agosto 1986, pp. 3657 – 3663.

- “Comentario a los artículos 1176 – 1181”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- “El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero”, en NIETO CAROL, U.; MUÑOZ CERVERA, M. (dirs.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, pp. 379 – 416.
- “Comentario al artículo 1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 23 – 36.
- “Comentario al artículo 8”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 259 – 269.
- “Comentario a los artículos 1156 a 1181, 1254 y 1255”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1370 – 1416, 1477 – 1479.
- “Comentario al artículo 3”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 86 – 99.
- *Apuntes de Derecho mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2013, 642 p.

BERENGUER FUSTER, L.; COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia y contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 653 – 687.

BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A., “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Derecho de los negocios*, año 11, núm. 114, marzo 2010, pp. 22 – 34.

BERGER, K. P., “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 8, Februar 2010, pp. 465 – 470.

BERGER, K. P.; KLEINE, L., “AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr”, *Betriebs Beraten*, 40, 2007, pp. 2137 – 2141.

- “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele aus der jüngeren BGH-Rechtsprechung zum unternehmerischen Geschäftsverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 49, 2007, pp. 3526 – 3530.
- “AGB, unternehmerischer Geschäftsverkehr, Indizwirkung der Klauselkataloge, Haftungsbeschränkungen”, *EWiR*, 24. Jahrg., 11. Januar 2008, pp. 169 – 170.

BIANCA, C. M., “L’obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del Codice civile”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 59 – 65.

- *Derecho civil. El contrato*, 2ª ed., traducida por HINESTROSA, F.; CORTÉS, E., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, 769 p.

BIANCHINI, M., “Articolo 1469- quinquies”, en BARENGHI, A. (dir.), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, Jovene Editore, Milán, 1996, pp. 215 – 218.

BIN-NUN, A., *The law of the state of Israel*, Rubin Mass, Jerusalem, 1999, 211 p.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “La consagración legislativa de la ilicitud de las cláusulas de sumisión expresa”, *Estudios sobre consumo*, núm. 48, enero 1999, pp. 49 – 68.

BLANDINO GARRIDO, M. A., “Comentario a los arts. II.-9:101, II.-9:102, II.-9:103, II.-9:402”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 573 – 694.

BOLDÓ RODA, C., “Aplicación del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro a un contrato de seguro marítimo (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 23 de febrero de 2007)”, *Actualidad Civil*, núm. 17, octubre, 2008.

BOSCH CAPDEVILA, E., “Comentario a los arts. II.-4:104, II.-4:209, II.-7:301”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 290 – 295; 326 – 329; 527 – 532.

BOUJEKA, A., “L’influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur”, *Petites Affiches*, 393 année, n°. 168, 23 août 2004, pp. 6 – 9.

- “Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français”, *Recueil Dalloz*, n° 28, 21 juillet 2005, pp. 1948 – 1952.

BRACHFIEL, P., “Directiva de Lucha contra las operaciones comerciales”, PMcM, Madrid, 6 de abril de 2013.

- “El problema de la morosidad empresarial”, 13 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/el-problema-de-la-morosidad-empresarial>
- “Los condicionantes de la morosidad”, 17 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/los-condicionantes-de-la-morosidad>
- “La reclamación de los impagados a través de los tribunales”, 28 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/recobro-de-impagados/la-reclamacion-de-los-impagados-a-traves-de-los-tribunales>

BRENES CORTÉS, J., “Régimen jurídico de la solicitud y la proposición en el contrato de seguro. La formación del contrato de seguro”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004., pp. 49 – 94.

BRIGANTY ARENCIBIA, A., “La necesidad de una ley de distribución para el sector de la automoción”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 827 – 893.

BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2006, 1305 p.

BUSTO LAGO, J. M., *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías “a primer requerimiento” y autónomas*, Aranzadi, Navarra, 2006, 366 p.

- “Comentario a la sentencia de 6 de septiembre de 2010”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, septiembre – diciembre, 2011, pp. 1433 – 1449.



BUY, F., “Entre droit spécial et droit común: l’article L. 442-6,I,2° du Code de commerce”, *Petites affiches*, nº 252, 17 decembre 2008, pp. 3 – 5.

CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997, 371 p.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El leasing financiero y la Ley de Ventas a plazos de Bienes Muebles (Comentario a la STS de 28 de marzo de 1978)”, *Anuario de Derecho Civil*, julio – septiembre, 1980, III, pp. 759 – 785.

- “La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1982, pp. 41 – 120.
- *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, 397 p.
- “La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la ley de 29 de julio de 1998, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1991, pp. 961 – 1018.
- “Comentario al artículo 1154”, en PAZ-ARES, C.; DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et. al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- “Comentario al artículo 55”, en DIEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 467 – 473.
- “Introducción al estudio de los deberes de protección en el Derecho de obligaciones”, en VVAA, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pp. 175 – 186.
- “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción: (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 60, núm. 2, 2007, pp. 621 – 848.
- “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BLASCO, F.; CLEMENTE, M.; ORDUÑA, J., et. al. (coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 377 – 399.
- *Observaciones comparadas de los Proyectos*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El control de nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de seguros por los tribunales civiles”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 9, año 41, octubre 2005, pp. 4 – 26.

CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 3ª”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1021 – 1029.

CALAIS-AULOY, J., “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, en THÉVENOZ, L.; REICH, N. (dir.), *Droit de la consommation, Liber amicorum Bernd Stauder, Schulthess*, Genève; Zurich; Bâle, 2006, pp. 65 – 75.

- “De la notion de commerçant à celle du professionnel”, en DIDIER, P., *Études de droit privé*, Economica, Paris, 2008, pp. 81 – 90.

CALAIS-AULOY, J.; STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, 7 ed, Dalloz, Paris, 2006, 681 p.

CÁMARA AGUILA, M. P., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.I.1ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 835 – 847.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Aranzadi, Navarra, 2008, 531 p.

- “Comentario al artículo 3”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 102 – 154.
- “Integración del contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 579 – 586.
- “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 829 – 870.
- “Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 910 – 933.
- “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Centro de Estudios de Consumo*, mayo 2013, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).
- *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, Ponencia dictada en la Academia Matritense del Notariado, 26 de marzo de 2015.

CANO HURTADO, M. D., *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Dykinson, Madrid, 2005, 383 p.

CANO MATA, A., “La interpretación de los contratos civiles”, *ADC*, 1971, tomo XXIV, pp. 193 – 206.

CAPILLA RONCERO, F., Voz “equidad”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2833 – 2834.

CARBALLO FIDALGO, M., *Las condiciones generales de la contratación en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

CARRASCO PERERA, A., “Comentario a los artículos 1101, 1102 y 1104”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 374 – 475; 585 – 630.

- “Invalidez e ineficacia en los contratos con los consumidores”, *Coloquio sobre Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, noviembre 2006, pp. 173 – 207.
- “Garantías a primer requerimiento”, en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de garantía*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 499 – 552.
- “Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 793, 2010 [BIB\2010\218]
- *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, 1319 p.
- “Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 311 – 332.
- “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 3, 2012.

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Navarra, 2002, 1087 p.

CARRETERO GONZÁLEZ, C., “Las cláusulas abusivas en las condiciones generales de los contratos relacionadas con la carga de la prueba”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 90, abril – junio 2003, pp. 251 – 272.

CARRIÓN REAL, L., “¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a 60 días? Por una interpretación sistemática y conforme a la normativa comunitaria de la ley de lucha contra la morosidad”, *Diario La Ley*, núm. 7932, septiembre 2012.

CASARES RIPOL, J., “Canales comerciales. Redes de distribución. Ideas nueva para ceremonias antiguas”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 75 – 92.

CASO, R., “Luci ed ombre della legge sull’abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale”, <http://www.jus.unitn.it>.

CASO, R.; PARDOLESI, R., “La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?”, *Rivista di Diritto Privato*, anno III, n° 4, ottobre-dicembre 1998, pp. 712 – 737.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Derecho de obligaciones, edición revisada por GARCÍA CANTERO, G., Reus, Madrid, 2008, 828 p.

CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., “Notas para un concepto de la consignación”, *Cuaderno de Estudios Empresariales*, 1997, núm. 7, pp. 27 – 53.

CASTILLO PLAZA, C. A., “Los plazos de pago de la Ley 15/2010: Incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 10, 2012, pp. 109 – 128.

- CASTRONOVO, C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte III, Giuffrè, Milan, 2005, 284 p.
- CATALA, P., “Présentation générale de l’avant-projet”, en CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, pp. 11 – 16.
- CENDON, P.; BALDASSARI, A., *Codice civile, annotato con la giurisprudenza*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 3358 p.
- CESÀRO, E. (dir.), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, vol. III, Cedam, Padova, 1997, 455 p.
- CIENFUEGOS MATEO, M., “Contrato de franquicia, ordenación del comercio y Derecho de la competencia”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2005, pp. 71 – 102.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición del contenido contractual”, *Revista Derecho Privado*, tomo 63, enero - diciembre, 1979, pp. 667 – 687.
- CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Derecho español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, 337 p.
- *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009, 86 p.
  - *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2009, 253 p.
  - “Comentario al artículo 1124”, en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., et al (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas, Navarra, 2011, pp. 229 – 239.
- COASE, R. H., “The problem of social cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. III, octubre 1960, pp. 1 – 44.
- COASE, R. H., *La empresa, el Mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, 224 p.
- COCA PAYERAS, M., “Comentario al artículo 10.2”, en BERCOVITZ, R.; SALAS J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 313 – 329.
- Voz “Analogía”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1994.
  - Voz “Cláusula penal”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1994, pp. 1054 – 1055.
- COESTER, M., “Kommentar zum § 307 BGB”, en STAUDINGER, J.; ALBRECHT, K. D.; CHRISTIAN B. (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Sellier de Gruyter, Berlin, 2006, pp. 181 – 488.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios*, 2012, 107 p.
- COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di Diritto europeo dei contratti* (a cura di CASTRONOVO, C.), Giuffrè, Milán, 2001, 597 p.

CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de Usos, Costumbres y Prácticas mercantiles seguidas en España*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1964.

CORDERO LOBATO, E., “Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra”, *Revista de Derecho Privado*, año núm. 79, octubre 1995, pp. 875 – 898.

- “La jurisprudencia relativa a la contrato de distribución: exclusividad, inhibición de la competencia, desistimiento y otras cuestiones”, *Aranzadi Civil*, núm. 13, 2008, BIB 2008/2444.

CORNU, G., “Introduction, Des obligations”, en CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, pp. 19 – 24.

CORTÉS, L. J., “Contratos bancarios (I) y (II)”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001.

COSSÍO, M., *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada, 1994, 164 p.

COSTAS RODAL, L., “El leasing”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 2ª ed., Valencia, 2013, pp. 2980 – 3029.

CRASWELL, R., “Freedom of contract, Ronald H. Coase Lecture”, *Chicago Working Paper in Law & Economics*, diciembre 1994, 23 p.

CRISTOFARO, G., “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, *Rivista di diritto civile*, anno L, n. 4, luglio-agosto 2004, pp. 667 – 693.

CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicación del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, 396 p.

CURTO POLO, M. M., “Tratamiento antitrust de los contratos de distribución. Especial referencia a la experiencia comunitaria”, en HERRERO GARCÍA, M. J. (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 41 – 96.

D’AMBROSIO, L., “Tecnique e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modello isrealiano”, en BIANCA, M. (dir.), *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2º, Giuffrè Editore, Milán, 1981, pp. 342 – 399.

DAMMANN, “Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 413 - 419.

DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992, 549 p.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, octubre – diciembre, 1958, pp. 809 – 844.

- “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, abril junio, 1961, pp. 295 – 341.
- “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre – diciembre, 1982, pp. 987 – 1085.

- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, 552 p.

DE CASTRO VÍTORES, G., “Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradores de Cataluña; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 563 – 579.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, 382 p.

DE ELERA-SAN MIGUEL, E.; HERNÁNDEZ M. C., “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, en VAQUER, A. (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 615 – 675.

DE LA OLIVA SANTOS, A., “Comentario al artículo 217”, en DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 381 – 384.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., “El *dies a quo* en la ley de morosidad”, en CANDELARIO MACÍAS, M. I. (dir.), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 89 – 123.

DE LOS MOZOS, J.L., “El principio de la buena fe”, Bosch, Barcelona, 1965, 305 p.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005 – 2, pp. 25 – 52.

- *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Aranzadi, Navarra, 2009, 390 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F.; BLARY-CLÉMENT, É., *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9 ed., Montchrestien, Paris, 2007, 518 p.

DELFINO, R., “Consumer protection in the European community and in Israel before and after Maastricht”, en MORDECHAI, A. (ed.), *Essays on European Law and Israel*, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, pp. 493 – 510.

DELGADO CORDERO, A. M., “Cláusula de sumisión expresa y protección de los consumidores. Comentario a la STS de 14 de abril de 2000”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001, pp. 213 – 218.

- “Contrato de leasing: régimen jurídico. Figuras contractuales afines: compraventa a plazos y contrato de renting (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 2004)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pp. 175 – 182.

DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981, 213 p.

DENKINGER, F., *Der Verbraucherbegriff, eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, 649 p.

DEPINCE, M., “Nouveau décret sur les clauses dites abusives en droit de la consommation”, *Lexbase Hebdo-Edition Privée Générale*, 2 avril 2009, n° 344.

DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1103”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º, Edersa, Madrid, pp. 475 – 584.

- “Las arras (I)”, *Revista de Derecho Privado*, año 80, enero 1996, pp. 3 – 38.
- “Las arras (y II)”, *Revista de Derecho Privado*, año 80, febrero 1996, pp. 83 – 112.
- “Comentario al artículo 6”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 193 – 232.
- “Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 43 – 73.
- *La cláusula penal*, Reus, Madrid, 2011, 286 p.

DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2002, 407 p.

DÍAZ MORENO, A., “El contrato de transporte terrestre”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.), *Derecho mercantil*, II, Ariel, Barcelona, 2009, pp. 631 – 675.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Comentario a los artículos 1583 a 1587”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1833 – 1837..

- “Comentario al artículo 1258”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1482 – 1484.

DIENY, E., “La prohibition des discriminations après l’abrogation de l’article L. 442-6-I, 1º du Code de commerce”, *Concurrences*, nº 2, 2009, pp. 89 – 97.

DÍEZ-PICAZO, G., “La Directiva 2000/35/CE, sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., et al (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1731 – 1747.

DÍEZ-PICAZO, I., “Comentario al artículo 812”, en VVAA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 1353 – 1359.

DÍEZ-PICAZO, L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1956, pp. 1149 – 1182.

- *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, 355 p.
- “Prólogo a WIEACKER, F.”, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 9 – 23.
- “Comentario al artículo 1108”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 62 – 64.
- “Comentario al artículo 1255”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- “Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, *Anuario de Derecho Civil*, abril – junio 1992, pp. 501 – 534.
- “La formación del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, enero – marzo, 1995, pp. 5 – 32.
- Voz “Resolución”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5889 – 5899.
- “La justicia y el sistema de fuentes del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 205 – 218.
- “Comentario a los artículos 14 a 24”, en DIEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 163 – 207.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, 586 p.
- “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 61 – 73.
- “Cláusula penal y resolución de contrato”, en AAVV, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6ª ed., Civitas, Navarra, 2007, 657 p.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Civitas, Navarra, 2008, 1092 p.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, Civitas, Navarra, 2010, 725 p.
- “Erosiones en el contractualismo y abuso de las cláusulas abusivas (Comentario de la STS de 8 de abril de 2011)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fasc. IV, pp. 1869 – 1873.
- “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7765, 29 diciembre 2011, 13 p.

DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2002, 525 p.

DÍEZ GARCÍA, H.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Las reglas legales de interpretación de los contratos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de Derecho de contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 848 – 887.

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y PLANES Y FONDOS DE PENSIONES, Criterios del Servicio de Reclamaciones, <http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/criterios/servicioreclamacionescriterioscg.asp>.

DISSAUX, N., “Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte”, *Droit & Patrimoine*, 240, octubre 2014, pp. 53 – 56.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177, julio – septiembre, 1985, pp. 419 – 485.



DORADO, P., “Hacia un nuevo Derecho civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 54, tomo 108, 1906, pp. 497 – 522.

DÖRNER, H., § 138, en SCHULZE, R. (redactor), *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 93 – 97.

DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7”, en MENÉNDEZ A.; DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 264 - 335.

- “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 1ª”, en MENÉNDEZ A.; DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 978 – 989.

EBERS, M., “La revisione del diritto europeo del consumatore: l’attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/12/CEE) e le prospettive d’ulteriore armonizzazione”, *Contratto e impresa/Europa*, anno XII, nº. 1, gennaio-giugno 2007, pp. 696 – 733.

- “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, *InDret*, núm. 1, enero 2012, 46 p.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “La distribución mayorista: proveedores, centrales de compra y centrales de intermediación”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 93 – 160.

- “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 10, primer semestre 2012, 32 p.

ECKL, C., “Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general”, en ESPIAU ESPIAU, S.; VAQUER ALOY, A. (ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 41 – 52.

EGEA FERNÁNDEZ, J., “Comentario al artículo 6.3”, en MENÉNDEZ A.; DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 409 – 425.

EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (et al.), “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, IV, octubre – diciembre 2009, pp. 1461 – 1522.

EMBED IRUJO, J. M., “Comentario a los artículos 1, 2 y 3”, en BOQUERA J.; BATALLER, J.; OLAVARRÍA J. (coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 49 – 60.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 5320 – 5353.

- “Autonomía privada y régimen jurídico del contrato de transporte por carretera: las condiciones generales de IRU (International Road Union Transport) y la Orden FOM/1882/2012 de 1 de agosto”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 286, octubre – diciembre, 2012, pp. 25 – 62.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 537 – 583.

EPSTEIN, R. A., “The Neoclassical Economics of Consumer”, *Minnesota Law Review*, núm. 92, 2007, pp. 803 – 835.

ESCUIN IBÁÑEZ, I., “La indemnización del porteador responsable: cuantía y límite de responsabilidad”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 275 – 282.

ESPIGARES HUETE, J. C., “Garantías “a primer requerimiento” y condiciones generales de la contratación (comentario a Sentencia del TS alemán de 18 de abril de 2002)”, *Derecho de los negocios*, año 16, núm. 174, marzo 2005, pp. 25 – 32.

- *La garantía “a primer requerimiento”. Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Real Colegio de España, Bolonia, 2006, 445 p.

ESPIAU ESPIAU, S.; MULLERTA BALMAÑA, R., “Relaciones contractuales de hecho y contratos de adhesión: Notas para el estudio del contrato de aparcamiento público”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 80, mes 11, 1996, pp. 787 – 814.

ESPIN CÁNOVAS, D., *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, Discurso de Apertura del año académico 1954 – 1955, Universidad de Murcia, 1954, 59 p.

- “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1963, pp. 783 – 820.

ESTEVAN DE QUESADA, C., “Franquicia y abuso de dependencia económica”, *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo XXVI, 2005 – 2006, pp. 145 – 169.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos”, *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 20, enero – abril, 1988, pp. 27 – 49.

FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations. Contrat et engagement unilateral*, 2ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2010, 720 p.

FAGES, B., “Obligations et contrats spéciaux. Obligations en général, Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité (Com. 13 février 2007)”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, n° 3, 2007, pp. 562 – 571.

- “Obligations en général, Effets du contrat”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, n° 1, janvier/mars 2009, pp. 116 – 118.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, Edijus, Navarra, 2001, p. 677.

FALCO, G., *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè Editore, Milán, 2010, 534 p.

FAUVARQUE-COSSON, B., “Hacia un Derecho común europeo de la compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pp. 41- 61.

FELIU REY, J., “Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, fasc. I, 2014, pp. 169 – 218.

FENOY PICON, N., “La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fascículo IV, 2011, pp. 1481 – 1684.

FERNÁNDEZ, E., “El Derecho y la Moral”, en PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E.; DE ASÍS, R. (dirs.), *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 66 – 82.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Comentario al artículo 33”, en DIEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 273 – 280.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, M. A., *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, La Ley, Madrid, 1998, 626 p.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.; MARTÍN REYES, M. A., “El contrato de seguro”, en FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., *Fundamentos de derecho mercantil*, tomo II, 3ª ed., 1999, <http://vlex.com/vid/contrato-seguro-235363>.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., “Comentario al artículo 217”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Barcelona, Iurgium, 2000, pp. 821 – 829.

FERRANTE, A., “Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame of Reference?”, *InDret*, 1/2010, enero 2010, 22 p.

FERRER RIBA, J., “Comentario al artículo 6.1 y 2”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 361 – 408.

- “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 2ª”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 990 – 1007.

FERRIER, D.; FERRÉ, D., “La réforme des pratiques commerciales (loi numéro 2008-776 du 4 août 2008)”, *Recueil Dalloz Sirey*, nº 32, 18 septembre 2008, pp. 2235 – 2240.

FLETCHER, A.; KARATZAS, A.; KREUTZMANN-GALLASCH, A., “*Small businesses as consumers: are they sufficiently well protected?*”, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, January 2014, 53 p.

FLORES DOÑA, M. S., “Contrato de leasing internacional en el Tratado UNIDROIT”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 36, diciembre 2001, pp. 105 – 142.

FURGIUELE, G., “Problemas jurisprudenciales en Italia en torno a la prohibición de cláusulas abusivas”, *RDP*, febrero 2001, pp. 141 – 149.

FUENTESECA, M., “Visión de las condiciones generales de la contratación tras la reciente reforma del BGB”, *Actualidad Civil*, nº 16, 14 al 20 de abril de 2003, pp. 377 – 401.

GALÁN CORONA, E., “Los contratos de distribución. Ideas generales”, en HERRERO GARCÍA, M. J. (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 21 – 39.

GÁLVEZ CRIADO, A., “El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código civil”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 509 – 543.

GAMBARO, A., “La riforma del Diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del Diritto europeo”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 29 – 32.

GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, 287 p.

- *Condiciones generales de los Contratos civiles y mercantiles*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, 271 p.
- “Consideraciones a la buena fe contractual”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, pp. 1 – 15.

GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 1484 a 1490”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, Edersa, Madrid, 1991, pp. 361 - 394.

- “Comentario al artículo 1504”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1989, pp. 456 – 471.
- *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, 213 p.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1832, 512 p.

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, 1085 p.

GARCÍA PÉREZ, C.L., “Comentario al artículo 90”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1152 – 1179.

GARCÍA RUBIO, M. P., “Comentario al artículo 1258”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 1373 – 1375.

- “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero – marzo, 2014, pp. 7 – 27.

GARCÍA-TUÑÓN, A. M., “El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: la Unfair Contract Terms Act de 1977”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 25, año VII, enero-marzo 1987, pp. 35 – 66.

GARCÍA –VAQUERO, V.; ALONSO F., “El crédito comercial en España: importancia relativa y evolución reciente”, *Boletín Económico del Banco de España*, febrero 2011, pp. 68 – 77.

GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario a la Sentencia de 25 de mayo de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, mayo – agosto 2010.

GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., “La determinación de los honorarios profesionales (en particular, el arbitrio de parte)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, enero – diciembre 1997, pp. 69 – 130.

GARDELLA TEDESCHI, B., Article 8:109: “Clause excluding or restricting remedies”, en ANTONIOLLI, L.; VENEZIANO, A. (ed.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, pp. 387 – 389.

GARRALDA VALCÁRCCEL, J., “La buena fe como vía para juridificar la moral”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 45, enero – marzo, 2003, pp. 173 – 178.

GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, vol. 1º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964, 616 p.

- *Contrato de seguro de transporte*, Madrid, 1973, 677 p.

GASCÓN ABELLÁN, M., “La tesis kantiana acerca de la obediencia al Derecho”, en CARVAJAL CORDÓN, J. (dir.), *Moral, Derecho y política en Immanuel Kant*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, pp. 227 – 240.

GENICON, T., “El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 13, diciembre 2009, pp. 123 – 159.

GENNARO, F., “Note critiche sui rapporti tra i divieti di abuso di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante”, <http://www.archivioceradi.luiss.it>.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)”, *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, pp. 41 – 50.

GHESTIN, J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2006, 944 p.

- “Validité – Cause (art. 1124 à 1126-1)”, en CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, pp. 37 – 41.

GIMÉNEZ COSTA, A., “Comentario a los arts. II.-1:109, II.-1:110”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 117 – 135.

GINER PARREÑO, C. A., “Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías”, *Derecho de los negocios*, tomo 1990 – 1991, pp. 340 – 355.

- “Condiciones generales de la contratación. Autonomía privada y competencia”, *Estudios sobre consumo*, núm. 32, 1995, pp. 12 – 25.

- *Distribución y libre competencia. El aprovisionamiento del distribuidor*, Montecorvo, Madrid, 1994, 567 p.

GIOIA, G., “I rapporti di subfornitura”, *Giurisprudenza Italiana*, anno 151, nº 1, 1999, pp. 671 – 676.

GOIG MARTÍNEZ, J. M., “Comentario al artículo 38”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1998, pp. 731 – 745.

GOLDBERG, V. P., “Standard forms and warranties”, GOLDBERG, en GOLDBERG, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 167 – 168.

- “Institutional change an the quasi-invisible hand”, en GOLDBERG, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 169 – 173.

GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Civitas, 1983, 219 p.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales”, *Indret*, octubre 2011, 47 p.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Comentario al artículo 812”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. (coords.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Iurgium; Atelier, Barcelona, 2000, pp. 3797 – 3820.

GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, 289 p.

- “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del Derecho”, *Indret*, núm. 113, enero 2003, 23 p.
- “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret*, julio 2007, 49 p.

GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, *Indret*, enero 2010, Barcelona, 37 p.

- “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 243 – 298.
- “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *Indret*, enero 2012, 27 p.

GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, 217 p.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 139 – 192.

- “Comentario al artículo 6. No incorporación”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 235 – 258.
- “Comentario a los artículos 82 a 87, 89. 1 a 5, 89.7 y 91”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 956 – 1101.

- “Los principios LANDO”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 – 182.
- “Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, enero – abril 2013, pp. 339 – 355.

GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Leasing financiero mobiliario: contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2003, 250 p.

- “La operativa de los brokers on line y las cláusulas de exoneración de responsabilidad en la contratación electrónica de servicios de inversión”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 8, primer semestre, 2011, 30 p.

GONZÁLEZ PASCUAL, J., “Medidas normativas para combatir la morosidad”, *Partida Doble*, núm. 231, abril 2011, pp. 18 – 31.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 150, octubre – diciembre 1978.

GORDILLO CAÑAS, A., Voz “orden público”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4635 – 4637.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Real Colegio de España, Bolonia, 2001, 966 p.

- “Contrato de transporte marítimo internacional bajo conocimiento de embarque (Reglas de La Haya, Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 26, 2009, pp. 25 – 79.

GOUACHE, J.B.; LE HEC, J., “Point d’étape sur la notion de déséquilibre significatif, La lettre d’information de Gouache Avocats”, janvier 2015, <http://www.gouache.fr/P-541-45-B1-point-d-etape-sur-la-notion-de-desequilibre-significatif.html>

GUESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3ª éd., LGDJ, 1993, 976 p.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al artículo 7”, en GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 394 – 402.

GRAF V. WESTPHALEN, F., “AGB-Recht im Jahr 2002”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 23, 2003, pp. 1635 – 1641.

- “AGB-Recht im Jahr 2005”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 31, 2006, pp. 2228 – 2235.

GUILLEMIN, J.F., “Débats. Table ronde: Le regard des professionnels: La violence – l’abus de dépendance”, *Revue des contrats*, nº 1, janvier 2009, pp. 362 – 363.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario del artículo 4”, en PAZ-ARES, C.; DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et. al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- “Comentario del artículo 6”, en PAZ-ARES, C.; DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
  - “Comentario del artículo 4”, en SIERRA GIL (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 378 – 384.
- GUTIÉRREZ, A., “Comentario al artículo 2”, en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA, J. M., et al. (dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2010, pp. 117 – 213.
- HAANAPPEL, P. P. C.; MACKAAY, E., *New Netherlands Civil Code/ Nouveau Code Civil Néerlandais, Le Droit Patrimonial/ Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrecht*, Patrimonial Law, Kluwer Law, Deventer, 1990, 476 p.
- HÄBERLE, P., “La ética en el estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho”, *Dereito*, vol. 5, núm. 2, 1996, pp. 159 – 165.
- HART, D., “Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato”, en BARCELLONA, P.; HART, D.; MÜCKENGERGER, U., *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1988, pp. 119 – 133.
- HARTKAMP, A. S., “Chapter 8, Law of obligations”, en CHORUS, J. M. J.; GERVEN, P. H. M.; HONDIUS, E. H. (ed.), *Introduction to Dutch Law*, 4º ed., Alphen aan den Rijn; Kluwer Law International, 2006, pp. 135 – 162.
- HEINRICHS, H., “§ 138”, en PALANDT, O., *Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch Kommentare*, 65 ed., Beck, München, 2006, pp. 126 – 143.
- HERRADA ROMERO, R. I., *El contrato de garaje*, Edersa, Madrid, 2001, 233 p.
- HELLWEGE, P., “§§ 305-310, Teil II: Geltungsgrund und Geltungsvoraussetzungen; Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit; Transparenzgebot” en SCHMOECKEL, J. R.; ZIMMERMANN, R., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1441 – 1474.
- HERNÁNDEZ, F., “Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado”, en BELLO, M. P.; HERNÁNDEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 113 – 140.
- HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al artículo 1273”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 470 – 518.
- HESSELINK, M. W., “The ideal of codification and the dynamics of europeanisation: the dutch experience”, en VOGENAUER, S.; WEATHERILL, S., *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart, Oxford, 2006, pp. 39 – 70.
- “Unfair terms in contracts between businesses”, en SHCULZE, R.; STUYCK, J. (ed.), *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 131 – 147.
- HIDALGO GARCÍA, S., “Comentario al artículo 1255”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1368 – 1370.
- HILL PRADOS, M. C., “Régimen jurídico del contrato de reaseguro en la ley de contrato de seguro de 1980”, *Vlex*, 1995, <http://vlex.com/vid/contrato-reaseguro-seguro-289800>.



HUET, J.; CABRILLAC, R., “Validité – Objet (art. 1121 à 1123)”, en CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, Paris, 2006, pp. 35 – 36.

IDOT, L., “La protection par le droit de la concurrence”, en JAMIN, C.; MAZEAUD, D. (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, Paris, 1997, pp. 55 – 71.

ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, P., “El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación”, *Derecho de los Negocios*, núm. 265 – 266, año 23, noviembre- diciembre, 2012, pp. 9 – 19.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ISLAS BALEARES, *Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales a los exclusivos efectos de tasación de costas*, jura de cuentas y justicia gratuita, 2010, 38 p.

INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 733 p.

- “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo”, *InDret*, abril 2008, 44 p.

INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, *InDret*, julio 2009, 58 p.

JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, II, abril – junio, 2007, pp. 513 – 552.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010, 187 p.

JORDANO BAREA, J. B., “Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita”, *Anuario de Derecho civil*, fascículo I, enero – marzo, 1951, pp. 303 – 310.

- “Comentario al artículo 1288”, en PAZ-ARES, C.; DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. (et. al) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 518.

JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 174, septiembre – diciembre, 1984, pp. 603 – 713.

- *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, 520 p.
- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código civil*, Civitas, Madrid, 1992, 225 p.

JULIEN, J., *Droit des obligations*, Larcier, Paris, 2012, 343 p.

KATZ, A., “Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts”, *The Rand Journal of Economics*, vol. 21, núm. 4, Winter 1990, pp. 518 – 537.

KARATZENIS, F., *Zur Anwendung der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz im Handelsverkehr*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1989, 61 p.

KIENINGER, E. M., “Kommentar zum § 307 BGB”, en JÜRGEN, F.; RIXECKER, R. (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., Beck, München, 2007, pp. 1116 – 1251.

KOLLMANN, A., “AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, Mai 2011, pp. 1324 – 1325.

KÖTZ, H.; PATTI, S., *Diritto Europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006, 473 p.

KOLLER, I., “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, en BAUR, J. F.; HOPT, K. J.; MAILÄNDER, K. P., *Festschrift für Ernst Steindorff, Walter de Gruyter*, Berlin, 1990, pp. 666 – 686.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 4ª ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007, 580 p.

LANGHEID, T.; MÜLLER-FRANK, C., “Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht im zweiten Halbjahr 2013”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 6, Februar 2014, pp. 354 – 358.

LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, 202 p.

- *Derecho civil. Parte General*, Edersa, Madrid, 1987, 872 p.
- *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción y revisión de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., Ariel, Barcelona, 1994, 536 p.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)”, *RDP*, enero – diciembre 1980, pp. 50 – 78.

- “Comentario al artículo 1129”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

LAWSON, R., *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 8 ed., Thomson; Sweet&Maxwell, London, 2005, 270 p.

LE GAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, 580 p.

LEITE CONVERTI, L. R., “Il decreto-legge portoghese n. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dell’esperienza occidentale nel settore della tutela del consumatore”, *Rivista di Diritto Civile*, anno, 34, n. 4, luglio – agosto 1988, pp. 71 – 107.

LEMA DEVESA, C.; TATO PLAZA, A., “La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista”, *Derecho de los Negocios*, año 16, núm. 193, diciembre 2005, pp. 5 – 16.

LENER, G., “Commentario sentenza Corte di Cassazione, sezione III civile, 2 novembre 1998”, *Foro Italiano*, 121, n. 2, 1998, pp. 3081 – 3092.

- “La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori”, *Cardozo Electronic Law Bulletin*, <http://www.jus.unitn.it>.

LETE ACHIRICA, J., “La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas y presentación de los contratos”, *La Ley*, núm. 1, 1996, pp. 1720 – 1728.

- “Comentario al artículo 1289”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1418 – 1419.
  
- LETE DEL RÍO, J. M., “Reflexiones sobre la analogía”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2003, pp. 99 – 118.
  
- LEUSCHNER, L., “AGB-Kontrolle im unternehmersichen Verkehr –Zu den Grundlagen einer Reformdebatte-“, *Juristenzeitung*, 18, September 2010, pp. 875 – 884.
  
- LEVENEUR, L., “Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats: à améliorer”, *Contrats Concurrente Consommation*, nº 11, novembre 2008, pp. 1 – 2.
  
- “Une société commerciale n’est ni un consommateur, ni un non-professionnel”, *Contrats Concurrence Consommation*, nº 3, mars 2009, pp. 18 - 19.
  
- LEYVA SAAVEDRA, J., “Interpretación de los contratos”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 27, 2009, pp. 443 – 475.
  
- LIMBACH, F., *Le consentement contractuel à l’épreuve des conditions générales. De l’utilité du concept de déclaration de volonté*, Bibliothèque de droit privé, tome 412, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 362.
  
- LLÁCER MATACÁS, M. R., “El asunto Chronopost: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de derecho español y francés”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 565 – 582.
  
- LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los artículos 1101 a 1108”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1204 – 1224.
  
- LLOPIS GINER, J. M., “La moral y el Derecho, una relación doctrinal llevada al Código civil”, en VVAA, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 625 – 654.
  
- LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Las Reglas de Rotterdam”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo 2010, pp. 165 – 185.
  
- LOCHER, H., *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 3 ed., Beck, München, 1997, 177 p.
  
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 3, 1994, pp. 5 – 29.
  
- “Comentario al artículo 8”, en DIEZ-PICAZO, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 113 – 131.
  
- “Comentario al artículo 1.255”, en CAÑIZARES LASO, A.; ORDUÑA MORENO, J.; PABLO CONTRERAS, P., et al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas, Navarra, 2011, pp. 596 - 605.
  
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., “Ejercicio, límites y vicisitudes de los derechos subjetivos”, en LÓPEZ LÓPEZ, A.M. (coord.), *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 497 – 541.

LÓPEZ VILAS, R., “De la compensación”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1, Edersa, 1991, pp. 478 – 592.

LUCCHESI, F., “Commentario articolo 3”, en en VETTORI, G. (dir.), *Codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007, pp. 45 – 64.

LUNA YERGA, A., “Regulación de la carga de la prueba en la LEC”, *InDret*, núm. 165, octubre 2003, 27 p.

LUTZ, R., *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote*, Beck, München, 1991, 219 p.

MACARIO, F., “Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?”, *Revista di Diritto Civile*, anno 51, n° 1, gennaio-febbraio 2005, pp. 663 – 708.

MACDONALD, E., *Exemption clauses and unfair terms*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999, 297 p.

MACÍAS CASTILLO, A., “Cláusula penal en contrato: facultad moderadora del Juez. Análisis de la STS de 14 de septiembre de 2007”, *Actualidad Civil*, n° 22, diciembre 2007, pp. 2688 – 2691.

MACKENDRICK, E., “The meaning of “good faith””, en ANDENAS, M.; DÍAZ ALABART, S.; BASIL, S., et al. (dirs.), *Liber Amicorum Guido Alpa, Private Law beyond the national systems*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 687 – 698.

MADRID PARRA, A., “Cumplimiento”, en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 285 – 321.

MAINGUY, D., “Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, n° 5, 5 février 2009, pp. 308 – 316.

MAINGUY, D.; RESPAUD, J.L.; DESTOURS, S., “Droit de la distribution”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, n° 19, 7 mai 2009, pp. 24 – 29.

MALAUURIE, P., *L'ordre public et le contrat*, I, Matot-Braine, Reims, 1953, 278 p.

MALAUURIE, P.; AYNÈS, L.; STOFFEL-MUNCK, P., *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Defrénois, Paris, 2005, 846 p.

MALAUURIE-VIGNAL, M., “Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle?”, *Contrats Concurrente Consommation*, n° 11, novembre 2008, pp. 12 – 18.

MALO VALENZUELA, M. A., “La determinación del precio en la compraventa; del Derecho español al Derecho uniforme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 81, núm. 692, noviembre – diciembre 2005.

MAPELLI, E., *Régimen jurídico del transporte*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, 625 p.

MARÍN CASTÁN, F., “Los contratos de distribución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 37 – 56.

MARÍN GARCÍA, I., “Cláusula penal: la facultad moderadora del juez. Comentario a la STS, 1ª, 17.10.2007”, *InDret*, enero 2008.

- “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, mayo 2009, 17 p.

MARÍN GARCÍA, P. “Comentario a los artículos 1740 a 1757”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 19 – 161.

MARÍN LÓPEZ, J. J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 113 – 217.

MARÍN PÉREZ, P., “La crisis del contrato”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964, año 62, tomo 216, pp. 669 – 730.

MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A comparative treatise*, 2ª ed., Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 979 p.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”, *Actualidad Civil*, núm. 8, abril 2007, pp. 853 – 890.

MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., “La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, julio – agosto, 1987, pp. 1083 – 1096.

MARTÍN CASALS, M.; RUDA GONZÁLEZ, A., “Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, mayo – septiembre 2004, pp. 843 – 859.

MARTÍN MARTÍN, A. J., “Supremo vs. Supremo (Doctrina sobre las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios)”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 157 (2ª época), mayo 2009, pp. 963 – 968.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “Relevancia de la autonomía privada y de las condiciones generales de contratación en la determinación del régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 11, 2013, pp. 29 – 54.

MARTÍNEZ BALMASEDA, A., “Régimen de responsabilidad del porteador: fundamento, supuestos y causas de exoneración”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 255 – 273.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “Sobre el concepto y régimen jurídico del contrato de *renting*”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 3, 2010, pp. 79 – 124 (disponible online en: [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20III/04\\_MARTINEZCANELLASSEPTIMAEDICION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20III/04_MARTINEZCANELLASSEPTIMAEDICION.PDF))

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1994, pp. 243 – 253.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M.;

CABALLERO, J. M. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 175 – 205.

MARTÍNEZ ESPIN, P., “Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)”, *Centro de Estudios de Consumo*, marzo 2012, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, 151 p.

MARTÍNEZ MARTÍN, M., “Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1995”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41, abril – agosto 1996, pp. 591 – 603.

MARTÍNEZ MAS, F., *La cláusula penal en el contrato de obra*, Escuela de Negocios Dar, Madrid, 2005, 209 p.

MARTÍNEZ SANCHÍS, J. A., “Comentario al artículo 1504”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 25”, en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M.; PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 409 – 424.

- “Comentario al artículo 79”, en BOQUERA J.; BATALLER, J.; OLAVARRÍA J. (coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 961 – 963.
- “Consideraciones introductorias”, en BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J. M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pp. 5 – 23.
- “Comentario al artículo 1”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 19 – 27.
- “Comentario al artículo 5”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 61 – 77.
- “¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil- Código de comercio?”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 509 – 524.
- “Comentario al artículo 3”, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 69 – 74.
- “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, julio – diciembre, 2010, pp. 17 – 44.

MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGET MONFORT, J., “Margen de autonomía de la voluntad en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 23 – 33.

MARTÍNEZ SANZ, F.; JUAN Y MATEU, F., “Comentario a la Disposición Adicional Primera. I. 2ª”, en MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1008 – 1020.

MAS BADÍA, M.D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 421 p.

MASSAGUER FUENTES, J., “La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal”, en VVAA, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2203 – 2268.

MAUGERI, M., “Clausole non oggetto di trattativa individuale: l’ambito di applicazione del sesto capitolo dei Principi Acquis”, en DE CRISTOFARO, G. (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 443 – 457.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final”, *RabelsZ*, núm. 2, 2011, pp. 371 – 438.

MAYER-MALY, T., “§ 138”, en JÜRGEN, F. (redactor), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240*, 3 ed., Beck, München, pp. 1130 – 1182.

MAZEAUD, D., “Le protection par le droit commun”, en JAMIN, C.; MAZEAUD, D., *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Economica, Paris, 1998, pp. 33 – 54.

- “Plaidoyer en faveur d’une règle générale sanctionnant l’abus de dépendance en droit des contrats”, en DIDIER, P., *Études de droit privé*, Economica, Paris, 2008, pp. 325 - 352.
- *Le plan et l’inspiration des projets*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

MELI, M., “Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione”, en DE CRISTOFARO, G. (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 459 – 486.

MELLADO RODRÍGUEZ, M., “Las cláusulas de vencimiento anticipado”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 217 – 246.

MEMMO, D., “Commentario articolo 1229 Codice civile”, en GALGANO, F., *Commentario breve al Codice civile*, La Tribuna, Piacenza, 2006, pp. 983 – 985.

MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, 310 p.

MENÉNDEZ, A., “El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 49 - 59.

MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 11ª ed., Aranzadi, Navarra, 2013, 654 p.

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo I, 3º ed., Almedina, Coimbra, 2005, 1012 p.

MENICHINO, C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Giuffrè, Milán, 2008, 382 p.

MERKEL, H., “AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Bankentgelten im Geschäftsverkehr mit Unternehmen”, en HABERSACK, M.; JOERES, H. U.; KRÄMER, A., *Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe*, RWS, Köln, 2009, pp. 141 – 162.

MESA MARRERO, C., “Intereses moratorios: entre la usura y la cláusula penal. Comentario a la STS de 2 de octubre de 2001”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002, pp. 199 – 204.

MIQUEL, J.M., “Observaciones en torno a la buena fe”, en AAVV, *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 497 – 507.

- “Comentario al artículo 7.1”, PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 37 – 56.
- Voz “Buena fe (Derecho Civil)”, en MONTOYA MELGAR, A., *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, Civitas, 1995, pp. 831 – 847.
- “Reflexiones sobre las condiciones generales”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 4941 – 4961.
- “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 297 – 326.
- “Comentario al artículo 8”, en MENÉNDEZ A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 428 – 482.
- “Comentario a la Disposición Adicional Primera, Tres”, en MENÉNDEZ, A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 893 – 964.
- “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española de 1998”, *Revista Española de Seguros*, núm. 117, enero – marzo, 2004, pp. 4 – 46.
- “La nulidad de las condiciones generales”, en DELGADO ECHEVARRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 193 – 223.
- “Comentario al artículo 82”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 711 – 753.
- “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, pp. 223 – 252.
- “Cláusulas abusivas”, Ponencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 7 de abril de 2014.

MIR PARDO, L.; FORÉS CHACORI, E.; VIVES MARTÍNEZ, G., “Tres visiones reales y críticas de la Ley 15/2010 de Medidas de Lucha contra la Morosidad”, *Diario La Ley*, núm. 7580, marzo 2011.

MIRANDA SERRANO, L. M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, 475 p.



- “La Ley 15/2010, de modificación normativa de lucha contra la morosidad y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del comercio minorista”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 8, enero – junio 2011, 15 – 62.

MONSERRAT VALERO, A., “Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, pp. 147 – 164.

MONTEAGUDO, M., “Comentario al artículo 16”, en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M.; PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 315 – 320.

MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996, 626 p.

MONTÉS PENADÉS, V. L., “Comentario al artículo 7.1”, en VVAA, *Comentarios a la reforma del Código civil*, vol I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 356 – 371.

- “Comentario al artículo 1.124”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 1171 – 1255.
- “La responsabilidad por dolo”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 719 – 746.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Comentario a la Sentencia de 18 de marzo de 2004”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, octubre – diciembre 2004, pp. 1309 – 1336.

MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1982, pp. 591 – 684.

- “Comentario al artículo 1485”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 10ª”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1151 – 1157.
- “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa”, en ÁREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El Dret civil català en el context europeu*, Documenta Universitaria, Girona, 2003, pp. 109 – 149.
- “Prólogo”, en SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 21 – 23.
- *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Navarra, 2006, 353 p.

MONTES RODRÍGUEZ, M. P., “El artículo 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato”, en BLASCO, F.; CLEMENTE, M.; ORDUÑA, F. (et. al.) (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente Montés Penadés*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1335 – 1372.

MORALES MORENO, A. M., Voz “Derecho dispositivo”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2279 – 2282.

MORANT VIDAL, J., “Contra la morosidad en las operaciones comerciales”, *Noticias Jurídicas*, septiembre 2003.

MORILLAS JARILLO, M. J.; GONZÁLEZ FORNOS, M., “El contrato de handling, El arrendamiento de servicios”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (II)*, tomo V, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 41 – 90.

MOTA PINTO, C. A., “Contratos de adesão, Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *Revista de Direito e de estudos sociais*, ano 20, abril – dezembro 1973, pp. 119 – 148.

MORO ALMARAZ, M.J.; APARICIO VAQUERO, J.P., “Comentario a la sentencia de 1 de febrero de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 613 – 629.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., “La autonomía de la voluntad en las Reglas de Rotterdam”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9, 2012, pp. 11 – 35.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, 517 p.

- “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Privado*, julio – agosto, 2010, pp. 3 – 39.
- *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, 303 p.

MUSSO, A., “La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni, Titolo III, Del singoli contratti – Supplemento Legge 18 giugno 1998, n. 192”, en GALGANO, F., *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna, 2003, 622 p.

NAPOLI, E. V., “Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza”, en BIANCA, C., *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 3 – 82.

NAVARRETTA, E., “Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 411 – 436.

NAVARRO CASTRO, M., “Comentario al artículo 1504”, en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., et al (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas, Navarra, 2011, pp. 250 – 256.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Comentario al artículo 1255”, en PASQUAU LIAÑO (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, 2ª ed., tomo II, Comares, Granada, 2009, pp. 2129 – 2133.

NAVARRO PÉREZ, J. L., *Ley del contrato de seguro*, Comares, 1991, Granada, 154 p.

NEBBIA P., *Unfair contract terms in European Law, A study in Comparative and EC Law*, Hart, Oxford and Portland, 2007, 225 p.

NOTTÉ, G., “Liste des clauses abusives (Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009)”, *Contrats, Concurrente, Consommation*, n° 4, 1 avril 2009, pp. 2 – 3.

- “Liste de clauses abusives; Note sous Décret numéro 2009-302 du 18 mars 2009, Journal Officiel du 20 mars 2009, page 5030, *JCP E*”, *Semaine Juridique (édition entreprise)*, n° 13, 26 mars 2009, pp. 3 – 4.

O’CALLAGHAN, X., *Código civil, comentado y con jurisprudencia*, 5ª ed., La Ley, Madrid, 2006, 2211 p.

OHLENDORF B., *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz*, Recht und Wirtschaft GMB, Heidelber, 1988, 149 p.

OPPO, G., “Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 43 – 55.

OSSORIO MORALES, J., “Crisis en la dogmática del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1952, pp.1175 – 1186.

OSSORIO SERRANO, J. M., “El principio de la buena fe y su incidencia en el Derecho contractual europeo”, en OSSORIO SERRANO, J. M.L (ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Universidad de Granada, Granada, 2005, pp. 25 – 35.

PACHECHO JIMÉNEZ, M. N., “La determinación del precio: fijación unilateral por una de las partes del contrato de compraventa”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012.

PADILLA GONZÁLEZ, R., “Auxiliares y agentes del empresario de la navegación”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 1090 – 1108.

PAGADOR LÓPEZ, J., “Los requisitos de inclusión de las condiciones generales: introducción y delimitación”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 19, abril de 1996, pp. 203 – 240.

- “Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro”, *Revista española de seguros*, núm. 87, julio – septiembre, 1996, pp. 83 – 130.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 1999, 786 p.
- “Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 221 – 300.
- “La conformación del derecho interno español a impulso del derecho comunitario: el paradigmático caso de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 467 – 478.
- “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1307 – 1442.

PAISANT, G., “La protection par le droit de la consommation”, en JAMIN, C.; MAZEAUD, D., *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Economica, Paris, 1998, pp. 17 – 32.

- “Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?”, *La Semaine Juridique, Édition Générale*, nº 9, 25 février 2009, pp. 11 – 16.

PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al artículo 9”, en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M.; PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 191 – 207.

PALAZÓN GARRIDO, M. L., “El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 423 – 447.

PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019 – 1092.

- Voz “Responsabilidad contractual” (D.º Civil), VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5922 – 5926.

PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Dijusa, Madrid, 2004, 744 p.

PARDOLESI, R., “Nuovi Abusi del Diritto: Percorsi di una Clausola Generale”, *Danno e Responsabilità*, vol. 17, num. 12, pp. 1165-1177.

PARRA LUCÁN, M. A., “Lease-back inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006”, *Nul: comentarios de sentencias*, núm. 3, 2007.

PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos”, en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 271 – 309.

- “Comentario al artículo 1256”, en PASQUAU, M. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada, Código civil*, 2ª ed., Tomo II, Comares, Granada, 2009, pp. 2133 – 2138.

PASSAGNOLI, G., “Commentario articoli 36, 38”, en VETTORI, G. (dir.), *Codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007, pp. 371 – 390.

PASTOR VITA, F. J., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley*, núm. 6367, 2005 – 5, pp. 1217 – 1226.

PATTI, S., “Le condizioni generali di contratto”, en GALGANO, F. (dir.), *I grande orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, nº 28, Cedam, Padova, 1996, 827 p.

- “Sulla riforma del Quarto Libro del Codice civile: i contratti per adesione”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 205 – 213.

PAZ-ARES, J. C., “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843 – 2900.

- “Ensayo sobre la libertad de empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., et al (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 5971 – 6040.

PAZ-ARES, J. C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 357 – 437.

PECES-BARBA, G., “Introducción”, en PECES-BARBA, G. (coord.), *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, Universidad Carlos III; Instituto Bartolomé de las Casas, 1993, pp. 9 – 18.

PEDROSA MACHADO, M. N., “Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, año 29, 1988, pp. 77 -153.

PEEL, E., *The law of contract*, 12 ed., Sweet&Maxwell, London, 2007, 1210 p.

PEINADO GRACIA, J.I., “El contrato mercantil: nociones generales”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 230 – 251.

- “Las obligaciones mercantiles: su régimen en Derecho español”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 217 – 229.
- “Especialidades más relevantes de la contratación mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 252 – 266.

PENA LÓPEZ, J. M., “Comentario al artículo 4”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 51 – 55.

PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 791 p.

- “Formación”, en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 107 – 165.
- *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Ley 3/2004 y Directiva 2000/35, Civitas, Navarra, 2006, 362 p.
- “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183 – 207.
- “Modificación de la Ley 3/2004, sobre morosidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, 2010, pp. 531 – 533.
- “Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 299 – 350.
- “La oferta y la aceptación en el DCFR (Draft Common Frame of Reference)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, pp. 85 – 97.

PÉREZ DE LA CRUZ, A., “El contrato de obra por empresa en general”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 247 – 265.

- “La mora en las operaciones interempresariales (Consideraciones sobre la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)”, en ARROYO MARTÍNEZ, I. (coord.), *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España: en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Civitas, Navarra, 2007, pp. 479 – 491.

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pp. 1414 – 2223.

PÉREZ LÓPEZ DE BRÍÑAS, M., “Comentario al artículo 281”, en SALA REIXACHS, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 1143 – 1148.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Arrendamientos mercantiles”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 585 – 620.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004, 262 p.

- “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1585 – 1680.
- “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011.
- “La protección del comitente como consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 65, año 2012, fascículo II, pp. 681 – 716.

PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario a los artículos 1.125 a 1.130 y 1.484 a 1.499”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1338 – 1344; 1743 - 1759.

PETIT LAVALL, M. V., “El interés usurario y la normativa de transparencia bancaria. Comentario a la STS de 7 de marzo de 1998”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, pp. 181 – 184.

- “El contrato de transporte aéreo de mercancías”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 5431 – 5462.

PFEIFFER, T., “Einleitung”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T. (et. al.), *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 1 – 48.

PFEIFFER, T.; EBERS, M., “Comments to article 6:101 – 6:306”, en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, Sellier, Munich, pp. 213 – 256.

PICOD, Y., *Les clauses abusives*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

PINTO, V., “L’abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust”, *Revista di diritto civile*, 2000, II, pp. 389 – 428.

PINTO MONTEIRO, A., “El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219, enero-marzo 1996, pp. 79 – 115.

- *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 488 p.

POLO, E., “La protección del consumidor en el Derecho privado”, en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profeso Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, pp. 811 – 898.

- “Apuntes críticos a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *Estudios sobre consumo (EC)*, 54, 2000, pp. 261 – 348.
- POSNER, R. A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, 682 p.
- PROSPERI, F., “Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale”, *Rassegna di diritto civile*, anno 20, n° 3, 1999, pp. 639 – 687.
- PUJOL, F., “Los mercados aseguradores en el gran riesgo de responsabilidad civil”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994, pp. 555 – 572.
- PULIDO BEGINES, J. L., “Contenido”, en MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 253 – 283.
- QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la Disposición Adicional, II, 11ª”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- QUINTANA CARLO, I., “Contratos de transporte terrestre”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 5087 – 5163.
- QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al artículo 1256”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º-A, Edersa, Madrid, 1993, pp. 296 – 321.
- RABE, D., “Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 1987, pp. 1978 – 1985.
- RAISER, L., *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1935, 304 p.
- RECALDE CASTELLS, A., “Comentario a la Disposición Adicional I, seis, cláusula 11ª”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1158 – 1167.
- RECALDE CASTELLS, A.; MARTÍNEZ BALMASEDA, A.; OLIETE BENEDITO, G., “El transporte de mercancías”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*, tomo IV, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 899 – 967.
- REDING, V., “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *InDret*, núm. 2, abril 2011, 8 p.
- REQUEIXO SOUTO, X.; PAZ COSTAS, C., “Nueva interpretación del artículo 1.504 del Código civil sobre los medios de notificación válidos para el ejercicio del derecho de resolución. Comentario a la Sentencia del TS núm. 575 de 17 de julio de 2009”, *Dereito*, vol. 18, núm. 2, 2009, pp. 259 – 265.
- RESCIGNO, P., “Il Libro della Obbligazioni tra “modernizzazione” e riforma”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 33 – 42.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier, Munich, 311 p.

REVERTE NAVARRO, “Comentario al artículo 1.255”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pp. 100 – 295.

RIERA-THIEBAULT, K.; COVILLARD, A., “La notion de déséquilibre significatif visée à l’article L. 442-6,I,2º du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels?”, *Gazette du Palais*, vol. 133, núm. 1, 13 – 14 février 2013, pp. 205 – 208.

RIPERT, G., *La règle morale sans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1925, 398 p.

- RIPERT, G., *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1948, 423 p.

RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “La cláusula de sumisión expresa y la contratación por adhesión: un supuesto singular. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998”, *Revista de Derecho Privado*, octubre 1999, pp. 723 – 739.

RIZZO, V., *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, nº. 35, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Camerino, 1983, 395 p.

ROCA GUILLAMÓN, J., “Comentario al artículo 1258”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII, Edersa, Madrid, 1993, pp. 420 – 462.

- “Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 301 - 346.

ROCA TRÍAS, E., “Comentario del artículo 4º”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pp. 583 – 622.

ROCHFELD, J., “A future for la cause? Observations of a french jurist”, en CARTWRIGHT, J.; VOGENAUER, S.; WHITTAKER, S., *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Hart, Oxford, 2009, pp. 73 – 100.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Notas sobre el concepto de contrato de adhesión”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, año 13, octubre – diciembre 1994, pp. 1057 - 1071.

- “Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 983-1018.
- “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)”, *Derecho de los negocios*, núm. 86, año 8, noviembre 1997, pp. 1- 16.
- “Antecedentes de la Ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos Anteproyectos de ley”, en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 75 – 107.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, Montecorvo, Madrid, 1991, 404 p.



RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario a los artículos 1445 a 1456 y 1588 a 1600”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1678 – 1704; 1837 – 1866.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “La cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota: su vinculación con la categoría del miedo o temor al incumplimiento”, *La Ley*, nº 7582, 7 de marzo de 2011.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Sobre la cláusula penal en el Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 2, abril – junio, 1993, pp. 511 – 588.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., “El pacto de *quota litis* en la deontología de los abogados”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008 – 2009, pp. 79 – 110.

ROGERS, W. V. H.; CLARKE, M. G., *The Unfair Contract Terms Act 1977*, Sweet & Maxwell, London, 1978, 45 p.

ROJO AJURIA, L., Voz “Interpretación de los contratos (Dº Civil)”, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3693 – 3698.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Análisis jurídico sobre la adecuación de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de handling a los límites dados desde el ámbito jurídico internacional y europeo”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 289, julio – septiembre, 2013, pp. 285 – 307.

ROPPO, E., *Contratti standard, autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè Editore, Milan, 1975, 399 p.

- “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, en CESÀRO, E. (dir.), *Clausola abusive e Direttiva comunitaria*, Cedam, Padova, 1994, pp. 83 – 116.

ROVIRA FLÓREZ, M. C., *Valor y función de las exposiciones de motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972, 132 p.

ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho civil*, tomo II, enero – marzo, 1944, pp. 54 – 70.

RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 351 – 425.

- “Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales”, en CANDELARIO MACÍAS, M. I. (dir.), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 273 – 312.

RUIZ-RICO RUIZ, C., “Comentario al artículo 1108”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 752 – 847.

- *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos. Problemática actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 331 p.

RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 351 – 425.

RUIZ PERIS, J. I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991, 198 p.

RUIZ SOROA, J. M., “La responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en las Reglas de Rotterdam”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 4, 2010, pp. 13 – 38.

RUIZ SUTIL, C., “Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad”, en SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2013, pp. 1439 – 1491.

SÁ, A., DE, *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, 294 p.

SABATER BAYLE, I., *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Aranzadi, Navarra, 1986, 355 p.

SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”, *InDret*, núm. 1, enero 2013, 36 p.

SÁINZ MORENO, F., “Orden público y restricciones de la competencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre – diciembre, 1977.

- “El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979)”, *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980, pp. 134 – 138.

SALAS CARCELLER, A., “El nuevo código mercantil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, pp. 11 – 14.

SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté*, Cotillon, Paris, 1901, 421 p.

SALELLES CLIMENT, J. R., “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 245, julio – septiembre, 2002, pp. 1125 – 1158.

- *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*, Real Colegio de España, Bolonia, 2007, 410 p.

SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 1593”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SALVADOR CODERCH, P.; RUIZ GARCÍA, J. A., “Comentario al artículo 6.2”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 384 – 408.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, 546 p.

- “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización de Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. IV, 2011, pp. 1685 – 1724.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 1088 a 1107”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1271 – 1313.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la imperatividad de la Ley del contrato de seguro”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2985 – 3004.

- “Introducción”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 19 – 26.
- “Comentario al artículo 3”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 80 – 115.

SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 35ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, 988 p.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación del derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85 – 118.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 33, septiembre – diciembre, 1991, pp. 47 – 64.

SANTOS BRIZ, J., *La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno*, Montecorvo, Madrid, 1966, 408 p.

- *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, 397 p.
- “Comentario a los artículos 1101 a 1107, 1124 y 1154”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, 2000, pp. 92 – 149; 210 – 218; 296 – 299.

SATRÚSTEGUI, M., Derechos de ámbito económico y social, en VVAA, *Derecho constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 373 – 393.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., “Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud”, *Petites affiches*, nº 31, 12 février 2009, pp. 54 – 61.

SAVAUX, E., *L’objet et la cause dans les projets français de réforme du droit des contrats*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

SCAEVOLA, Q. M., *Código civil*, vol. XX, Reus, Madrid, 1904, 1062 p.

SCARSO, A. P., “Il contraente “debole””, en BUSNELLI, F.D., PATTI, S., SCALISI, V., (et. al.) (dir.), *Studi di Diritto Privato*, nº 22, Giappichelli, Torino, 2000, 237 p.

SCHÄFER, J., *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien, 1992, 197 p.

SCHLOSSER, P., “Kommentar zum § 310 BGB”, en STAUDINGER, J.; ALBRECHT, K. D.; CHRISTIAN B. (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Sellier de Gruyter, Berlin, 2006, pp. 721 – 770.

SCHULZE, R., “I Principio Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca”, en DE CRISTOFARO, G. (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 1 – 21.

SCHULTE-NÖLKE, H., “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pp. 63 – 80.

SCHWARTZ, A., “Justice and the Law of Contracts: A Case for the Traditional Approach”, *Harvard J. of Law & Public Policy*, vol. 9, 1986, pp. 107 – 116.

SCIAUDONE, F., “Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: a lawyer’s viewpoint”, Directorate General for internal policies, Policy Department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, PE 462.472, octubre 2012, <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

SCOTTI, A., “Il controllo giudiziale sull’esercizio del diritto di recess nei rapport di integrazione vertical tra imprese: un problema di mercato”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, pp. 135 – 163.

SEFTON-GREEN, R., “La cause or the length of the French judiciary’s foot”, en CARTWRIGHT, J.; VOGENAUER, S.; WHITTAKER, S., *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Hart, Oxford, 2009, pp. 101 – 121.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, 249 p.

SERRANO ALONSO, E., “Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles; Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, pp. 4689 – 4714.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Estudio de Derecho Comparado sobre la interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 437 p.

SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 8ª”, en MENÉNDEZ A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1090 – 1100.

SICCHIERO, G., “Commentario articolo 1370 Codice civile”, en GALGANO, F., *Commentario breve al Codice civile*, La Tribuna, Piacenza, 2006, p. 1153.

SIMÓN MORENO, H., “Comentario a los arts. II.-1:102, II.-1:104”, en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 84 – 95.

SMORTO, G., “Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive”, *Rivista critica del Diritto Privato*, anno 17, nn. 1- 2, 1999, pp. 101 – 157.

SOUSA RIBEIRO, J., *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990, 251 p.

- *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, DL n. 44/85, de 25 de Outubro, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1992, 95 p.

STOFFEL-MUNCK, P., “Les clauses abusives: on attendait grouchy...”, *Droit & Patrimoine*, 240, octubre 2014, pp. 56 – 59.

STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *European Law Journal*, vol. 10, núm. 6, noviembre 2004, pp. 653 – 674.

SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., “Comentario al artículo 54”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Barcelona, Iurgium, 2000, pp. 420 – 422.

TAPIA HERMIDA, A., J., “Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 155, 2013, pp. 311 – 336.

TERRÉ, F., *Pour une réforme du droit des contrats: réflexions et propositions d’une groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009, 310 p.

TERRÉ, F.; SIMLER, P.; LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2005, 1474 p.

THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts*, (LAW COM N° 292) (SCOT LAW COM N° 199), 2005, 242 pp.

THOMPSON, P. K. J., *Unfair Contract Terms Act 1977*, Butterworths, London, 1978, 97 p.

TIRADO SUÁREZ, F.J., “El contrato de seguro”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2009, pp. 676 – 714.

- “Conveniente –o necesaria- reforma de la Ley Contrato de Seguro”, *Derecho de los negocios*, año 11, núm. 113, febrero 2000, pp. 1 – 18.

TORRES LANA, J. A., “Comentario al artículo 1583”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

TORRUBIA CHALMETA, B., “Contratos de distribución”, en DE LA CUESTA RUTE, J.M. (dir.), *Contratos mercantiles*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 357 – 431.

TREITEL, G. H., *The law of contract*, 9 ed., Sweet&Maxwell, London, 1995, 973 p.

TRÉMEAU, I., “Débats. Table ronde: Le regard des professionnels: La violence – l’abus de dépendance”, *Revue des contrats*, n° 1, janvier 2009, 362 p.

TWIGG-FLESNER, C., “La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pp. 81 – 105.

ULMER, P., “La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente – la armonización del Derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre CGC de 1976”, en ESPIAU ESPIAU, S. (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 1999, pp. 33 – 49.

UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 1994 (<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>)

UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Civitas, Madrid, 2003, 201 p.

URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 62, octubre – diciembre, 1956, pp. 221 – 241.

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., “El contrato de seguro y la actividad aseguradora”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 565 – 576.

- “El contrato de seguro en general”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 578 – 605.
- “Contratos de colaboración: el contrato de comisión”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2007, pp. 163 – 175.

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., “El contrato mercantil”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 – 53.

- “El contrato de compraventa mercantil: disciplina general”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001, pp.

VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., “Comentario a los artículos 1500 a 1505”, en BERCOVIZT, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1760 - 1766.

VALLE, L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, GALGANO, F., *Le monografie di Contratto e impresa*, n° 67, Cedam, Padova, 2004, 479 p.

- “Clausole vessatorie, buona fede e contratti tra professionisti”, en SICCHIERO, G. (dir.), *Autonomia contrattuale de diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2005, pp. 121 – 161.
- “Commentario artículos 1341 e 1342 Codice civile”, en GALGANO, F., *Commentario breve al Codice civile*, La Tribuna, Piacenza, 2006, pp. 1120 – 1127.
- “Commentario artículo 1469 Codice civile”, en GALGANO, F., *Commentario breve al Codice civile*, La Tribuna, Piacenza, 2006.

VALLINES GARCÍA, E., “La protección del consumidor a través de las reglas sobre carga de la prueba”, en CUBILLO LÓPEZ, I. J. (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Civitas, Madrid, 2010.

VALLS LLORET, J.D., “Comentario a la sentencia de 12 de julio de 1996”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, enero – marzo 1997, pp. 85 – 90.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, 422 p.

- “El ámbito de regulación del futuro “derecho contractual europeo”. De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradores de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 405 – 418.

VAN REIGERSBERG, J. G., *Derecho patrimonial neerlandés, Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, Málaga, 1996.

VAQUER ALOY, A., “El Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Registradors de Catalunya; Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 -265.

VAQUERO PINTO, M. J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, 570 p.

VARELA, A., “Abertura do ano”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119, 1986 – 1987, pp. 1 – 5.

- *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10 ed., Almedina, Coimbra, 2000, 962 p.

VARGAS VASSEROT, C., “El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria”, en GADEA E.; SEQUEIRA, A. (coords.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 1323 – 1396.

VATTIER FUENZALIDA, C., “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630, septiembre – octubre, 1995, pp. 1523 – 1546.

VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M.; CABALLERO, J. M. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Dykinson, Madrid, 2003, 333 y 648 p.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Consecuencias del cobro excesivo de intereses”, en VVAA, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pp. 667 – 684.

VEIGA COPO, A. B., “Presente y futuro de la Ley del contrato de seguro”, *La Ley*, núm. 6385, 23 de diciembre de 2005.

- “Contrato de seguro”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 5507 – 5871.
- “La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 35, 2010, pp. 51 – 72.

VERDERA IZQUIERDO, B., *Los elementos definitorios de las arras en el derecho patrimonial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, 252 p.

VÉRGEZ, M., “Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de contrato de seguro”, *Revista española de seguros*, núm. 152, 2012, pp. 293 – 313.

VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, en CUÑAT EDO, V. (dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 59 – 146.

- “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, pp. 49 – 84.
- *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 1285 p.

VIDAL DOBLES, L., “Efectividad de la Ley de Medidas de Lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales y su reciente modificación”, *Diario La Ley*, núm. 7521, diciembre 2010.

VIDAL MONFERRER, R. M., “Comentario al artículo 16”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 273 – 287.

VILA FLORENSA, P., “Comentario al artículo 53, 57 a 59, 61 y 62”, en SALA REIXACHS, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 492 – 494, 502 – 504, 508 – 511, 515 – 521.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, EUB, Barcelona, 2002, 317 p.

VINEY, G., “Rapport de synthèse”, en GHESTIN, J. (dir.), *Les clauses limitatives, ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, LGDJ, Paris, 1990, pp. 329 – 349.

VIVES MARTÍNEZ, G., *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000, 703 p.

VIVES MONTERO, M. L., “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1229 – 1310.

VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), *Principles, definitions and model rules of European Private Law*, European Law Publishers, Munich, 2008, 396 p.

- *Principles, definitions and model rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2013, 4795 p. ([http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf))

VON TUHR, A., “La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 146, 15 de noviembre de 1925, pp. 337 – 341.

WHITTAKER, S.; ZIMMERMANN, R., “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER, W. (ed.), *Good faith in European contract law*, Cambridge University, 2000, pp. 7 – 62.

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducida por CARRO, J. L., Civitas, Madrid, 1977, 98 p.

WILLET, C., *Fairness in consumer contracts. The case of unfair terms*, Ashgate, Hampshire; Burlington, 2007, 467 p.

WOLF, M., “Kommentar zum § 307 BGB”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 288 – 412.

- “Kommentar zum § 310 Abs. 1, Anwendungsbereich”, en WOLF, M.; LINDACHER, W. F.; PFEIFFER, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., Beck, München, 2009, pp. 909 – 918.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “De nuevo sobre la buena fe”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 6, 1988, pp. 633 – 681.

ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2002, 317 p.

ZACCARIA, A., “Commentario articolo 1229”, en CIAN G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1273 - 1275.

- “Commentario articolo 1341”, en CIAN G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1419 – 1432.



- “Commentario articolo 1342”, en CIAN G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1432 – 1433.
- “Commentario articolo 1370”, en CIAN G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1533 – 1534.

ZIMMERMANN, R., “Contract law reform: the german experience”, en VOGENAUER, S.; WEATHERILL, S., *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart, Oxford, 2006, pp. 71 – 87.

- *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Traducido por ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch; Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2008, 282 p.

ZURUMENDI ISLA, A., “Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia”, en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ALONSO LEDESMA, C., et al (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 747 – 780.